

بسم الله الرحمن الرحيم  
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

جامعة القرويين  
كلية الشريعة — أيت ملول

# مذكرات

## نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي

حسن القصاب

## الحاجة لنظرية للالتزام في الفقه الاسلامي

إن نظرية الالتزام هي العمود الفقري للقانون المدني. وذلك لما أتاحته لدارسي القانون عامة و القانون المدني خاصة من صلابة منهجية و اتساق فكري لطابعها التجريدي و للتسلسل المنطقي الذي يسمها و يسيج مباحثها. لذلك تكاد تتفق جل التشريعات المدنية على المباحث الكبرى التي ترد بها.<sup>1</sup>

لكن إذا كانت نظرية الالتزام بهذه الصبغة الكونية، فإنه لسؤال وجيه أن يسأل طالب بكلية الشريعة عن جدوى إثقال المقررات الجامعية بمادة إضافية تغني عنها مادة نظرية الالتزام في القانون؟  
التحقيق أن الأمر لم يغب عن الباحثين الأول في تقديم قوانين مدنية مؤصلة من الفقه الاسلامي، ولم تكن الدوافع أيضا مجرد الحرص على التميز .

غير أن تتبع نشأة حل القوانين المدنية للدول الإسلامية ينكشف به أمر جلي، و هو أنها في الغالب قد سعت لوضع قوانين مدنية هجينة لها ارتباط بالفقه الاسلامي في المضامين لكن توكل أمر صياغته إلى "خبراء" أجنب كان ينتظرهم فقهاء الشريعة في تلك البلدان إلى أن ينتهوا من صياغة تلك القوانين ليباركوها ويصادقوا عليها إيدانا للآهالي بالاطمئنان<sup>2</sup> .  
ولما كان مبتغى أية نظرية - خاصة نظرية الالتزام في القانون - هو أن تكون لها الصبغة التفسيرية الكونية التي ترجع الفروع كلها إلى أصل واحد - بمعنى أن لها تصورا جامعا عن أصل التشريعات - فقد اعتبر القانون الروماني أصلا لكل القوانين الحديثة ، ولعلها اختارته دون اليوناني لتحرره من السمة الدينية التي يعتبرها كثير من القانونيون عقبة مانعة من التوحيد.

و لذلك لم يكن بريئا أن يلح مؤرخو القانون على تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، وهي كما أسلفنا دعوة مستترة لانخراط الفقه الإسلامي في منظومة القانون الوضعي ليتخلص من " طفولته" بسبب السمة الدينية التي تنقله.  
و حتى لا ينغمس هذا المدخل في ذلك النقاش إلا بالقدر الذي يفيدنا، فإننا نتعرض لدعوى التأثير هذه الخطيرة، لنتحقق هل للفقه الإسلامي نظرية مستقلة في الالتزام أم أن الأمر لا يعدو تعنتا من غير جدوى؟  
ولعل الإجابة تستلزم إيجاز ذلك في النقاط الثلاثة التالية:

— مناقشة دعوى التأثير

— أصالة الفقه الإسلامي

— إمكان التقنين

1— مناقشة دعوى التأثير:

هذه المناقشة تقتضي التعريف الموجز بالقانوني الروماني؛ فهو واحد من القوانين القديمة المدونة بألواح مدينة روما عام 450 ق م؛ وقد كانت أحكامه قد صيغت في الغالب من نظم مدنية مستقلة عن الدين، فلم يشتمل على كفارات أو

<sup>1</sup> ليس عبثا أن تظل مباحث هذه النظرية هي الأساس الأول في روز معارف المرشحين لاجتياز الامتحانات المهنية في كل المهن القانونية و القضائية وفي أغلب المنظومات القضائية الدولية.

<sup>2</sup> تكررت المسألة في صياغة القانون المصري و السوري و قانون الالتزام التونسي - الذي هو الأصل لظهير الالتزامات المغربي -

عقوبات دينية. كما كان تشريعا ضيقا في إجراءاته، قاسيا في أحكامه، فطريا في مبادئه، يسقط الحق بهفوة شكلية، ويقتل المدين إذا لم يسدد دينه و يقتص المحني عليه في بعض الحالات بيده.

وبناء على تلك الأحكام قالوا إن الفقه الإسلامي قد تأثر به، مدعين أن معرفة النبي صلى الله عليه وسلم كانت واسعة بالقانون الروماني البيزنطي، وأن ذلك تأتى له صلى الله عليه وسلم بسبب وجود مدارس و محاكم وفق القانون الروماني في قيصرية وبيروت والقسطنطينية و الإسكندرية، مستندين - بزعمهم - إلى وجود تشابه في النظم القانونية بين القانون الروماني والفقه الإسلامي .

ولعله واضح جلي أن رد هذه المزاعم لا يحتاج طويل تأمل:

فالأمية إن كانت سمة قاذحة في كل آدمي فإن النبي صلى الله عليه وسلم كانت له شرفا خاصا و دليل نبوة؛ فكيف يطلع على قوانين روما وقد قال فيه الله تعالى ﴿وَمَا كُنْتَ تَتْلُو مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ يَمِينِكَ إِذَا لَارْتَابَ الْمُبْطِلُونَ﴾<sup>1</sup> ؟ !

أما وجود المدارس الرومانية ببلاد العرب ، فإنه من المعروف تاريخا كيف قرر الإمبراطور الروماني جوستنيان بموجب دستور أصدره في 16 دسمبر 533 م إلغاء جميع مدارس القانون الروماني في الإمبراطورية عدا مدرسة روما و القسطنطينية و بيروت. بينما الفتح الإسلامي لم يكن إلا حوالي سنة 641 بتاريخ النصارى.

أما ما قيل عن التشابه، فالعكس هو الأوضح؛ إذ هناك فروق كبيرة تظهر بمقارنة عجلي. فنظام السلطة الأبوية الذي عرف به القانون الروماني والذي بموجبه يحق له بيع أبنائه - مثلا - ، نظام منكر في الفقه الإسلامي جملة وتفصيلا.

وإن كان - أيضا - المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون و الأخلاق؛ فإساءة استعمال الحق في موسوعة جوستنيان لا يعتبر فعلا غير مشروع، بينما تميز الفقه الإسلامي بصياغة نظرية كاملة عن التعسف في استعمال الحق .

كما أن البساطة سمة لصيقة بالفقه الإسلامي دون تعقيدات الشكل؛ فانعقاد البيع ولزومه بالإيجاب و القبول فقط، بينما الشكلية هي أهم خصائص القانون الروماني.

وحتى لا نبقى في موقع الدفاع فإن لنا أيضا شواهد على كون القانون الوضعي هو المتأثر بالفقه الإسلامي لا العكس، ولعل أكبر الدلائل أخذ القانون الفرنسي من الفقه الإسلامي جملة قواعد<sup>2</sup>. نذكر منها - مثلا - : إن مباحث الأهلية أجلى مظاهر تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي؛ فعنه أخذ تحديد سن البلوغ القانوني حتى جعله في ثماني عشرة سنة ، وأن من نتائج إلغاء العقد أن عدم الأهلية ليس ملزما برد ما قبضه من الغير ، كما أن موت أحد المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد كالشركة و الوكالة و إيجار العمل، وان أداء ما ليس بواجب يُلزم من أخذه بالرد، إلخ..

ومن كل هذا، فإن مما لا يقبل تعقيا أن الفقه الإسلامي منظومة تشريعية مستقلة، الأجدى أن تستفيد منها البشرية كما هي.

<sup>1</sup> سورة العنكبوت، آية 48

<sup>2</sup> لقد وضع القانون المدني الفرنسي سنة 1804 للفرنسيين ولأهل أوروبا وقانون العوائد الفرنسي منذ 711 سنة فقط ، بينما دخل الإسلام إسبانيا وجنوب فرنسا في القرن الثامن إلى بلاد ليون و تور و بواتييه و أفنيون واستمر حكم الإسلام في أوروبا بعد هزيمة بواتييه إلى أواخر القرن الخامس عشر

## 2 — أصالة الفقه الإسلامي واستقلاله بمنظومة تشريعية:

إذا ثبت لدينا أن الفقه الإسلامي منظومة تشريعية مستقلة عن القانون الروماني ، فإن ذلك يستتبع أن تكون له نظريته الخاصة في الالتزام قد تلتقي و قد تختلف مع النظرية السائدة في كل القوانين التي يرجع أصلها إلى القانون الروماني ، أو حتى تلك التي تلتقي معه في صبغته الطبيعية بتخليها عن صبغتها الدينية. و مع ذلك فإن السؤال يبقى قائما: هل مجرد اختلاف الأصول التشريعية يعطي للفقه الإسلامي حق التميز والاستقلال بنظرية خاصة في المادة المدنية؟

إن خير جواب عن هذا السؤال هو ما يدل على الحاجة العالمية لاستقلال الفقه الإسلامي بمنظومته؛ فقد أكدت كثير من المؤتمرات القانونية الدولية في مقرراتها و توصياتها:

- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع الكوني

- اعتبار الشريعة الإسلامية حية ومتطورة

- إلها شرع قائم بذاته غير مأخوذ من غيره<sup>1</sup>

مما يعني أن المبادئ القانونية في الفقه الإسلامي تنطوي على ثروة غنية من المفاهيم و النظريات، وأنه يتعين تبني دراسة مقارنة بينه و بين القوانين الوضعية. لكن قبل ذلك يلزم التأكد من قدرة الفقه على التقنين وصياغة مواده في قوانين خالية من التعقيد و سرد الخلاف.

## 3 — تجربة التقنين المدني في البلاد الإسلامية:

إنه دليل آخر على استقلال هذه الشريعة و قدرتها على بناء نظريات منسجمة تكون أصلا للقوانين المدنية في البلدان الإسلامية من غير حاجة إلى اقتباس هجين، و لعل التذكير بكيفية بناء القوانين المدنية في تلك البلدان يجلو تلك الحقيقة ، لكن لابد من الإشارة إلى تجربة لا يمكن القفز عليها، وهي تجربة مجلة الأحكام العدلية التي هي بذرة التقنين الحديث في البلاد الإسلامية.

### مرحلة مجلة الأحكام العدلية

أصل المجلة أن شكلت الدولة العثمانية لجنة عام 1285هـ عهد إليها بوضع قانون مستمد من الشريعة الإسلامية تدون أحكامه وفق منهج القوانين الوضعية، و بعد أن أتمت اللجنة مهمتها عام 1293 هـ صدرت إرادة سلطانية باعتماد القانون الذي وضعته اللجنة فسمّته " مجلة الأحكام العدلية " . وهي مقسمة إلى ستة عشر كتابا أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء. وهي منقسمة بدورها إلى أبواب و الأبواب إلى فصول، على أن مجموع المواد التي تكونت منها تصل إلى (1851) مادة مختارة من الآراء الراجحة في المذهب الحنفي ، ثم عمم العمل بها على باقي الأقطار الخاضعة للنفوذ العثماني. فكانت بذلك أول تجربة لتقنين فقه المعاملات الإسلامي في قانون مدني، لذلك كثرت شروحاتها و كثر الاعتماد عليها في التجارب اللاحقة.

### مرحلة الاستعمار و بعده :

يمكن تقسيم التقنين المدني في البلاد العربية المسلمة في هذه المرحلة إلى عدة مجموعات:

أ- مجموعة ليس لها قانون مدني مسطور : ( بعض دول الخليج كالسعودية، قطر، البحرين )

<sup>1</sup> مؤتمر القانون المقارن بلاهاي 1938، المؤتمر الدولي للمحاميين بلاهاي أيضا 1948، مؤتمر باريس 1951

ب - مجموعة لها قانون مسطور مستمد في مجموع مواده من الفقه الإسلامي : (الأردن 1976 و الكويت 1980 و الجمهورية العربية اليمنية 1979 الإمارات العربية المتحدة 1980)

ج - مجموعة اعتمدت القانون المدني الفرنسي مع نزر يسير من أحكام الفقه الإسلامي. ( لبنان بصدور قانون الموجبات و العقود 1932 المطبق ابتداء من 1934. و مصر في ظل التقنين المدني المختلط الصادر سنة 1875)

د-مجموعة بقانون مخضرم من القانون الفرنسي وغيره من القوانين الغربية، وأخذ من الفقه الشيء الكثير (ومصر في المدني الجديد 1948 و سوريا 1949 و السودان القانون رقم 29 سنة 1971 و العراق 1951 و تونس 1907 و المغرب 12 غشت 1913).

#### - سياق القانون المدني المغربي :

أفردناه لأنه محط النظر في دراسة طلبة كلية الشريعة و عليه تطبق نظرية الالتزام في صبغتها القانونية، لذلك لابد من الإشارة إلى ظروف ظهور هذا القانون، خاصة وأن دعوات حالية في كثير من المنابر المغربية تدعو سرا وجهرا إلى ضرورة تغييره وتعديله ليصير قانونا مدنيا " طبيعيا " متخلصا من صبغته الدينية.

و عموما فإن فكرة قانون الالتزامات والعقود ولدت سنة 1896 م بتونس المستعمرة، فتم تكليف المستعرب داود سنتيانا لتحرير المشروع الأول سنة 1897، لتعاد صياغته و طبعه سنة 1898 م. وبعد تعريبه و تدارسه من قبل فقهاء الشريعة التونسيين بدئ في تطبيقه على "الأهالي" بتونس سنة 1907، ثم اقتبست أحكامه لتطبق على الفرنسيين و الأجانب بمنطقة الحماية الفرنسية - مع بعض التعديلات - سنة 1913 ، وعلى مجموع التراب المغربي وعلى المحاكم العصرية سنة 1958، ثم عمم بتوحيد المحاكم منذ سنة 1965.

وعلى كل حال، فإنه بعد هذه المقدمة الضرورية صار ممكنا أن نتتبع منطلق الدارسة: هل للفقه الإسلامي نظرية خاصة في الالتزام؟

## نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي: المقصود بالاصطلاح

إن حديثنا عن نظرية إسلامية في الالتزام، يقتضي بدهاءة تحديد معنى النظرية، ثم معنى الالتزام. خصوصا وأن مقارنتها بنظيرتها في القانون، تلزمننا ببسط عدة معان اصطلاحية ليتضح و يتحد المقصود الاصطلاح.

### – معنى النظرية:

معنى النظرية الذي نقصده هو المعنى عينه الذي عند ابن منظور حين قال: إنها " ترتيب أمور معلومة على وجه يؤدي إلى استعلام ما ليس بمعلوم.. وقيل النظر طلب علم من علم " <sup>1</sup>، وهو المعنى نفسه الذي درجت عليه المعاجم العالمية في التعريف العام بمصطلح النظرية من غير أن يخص تخصصا دون آخر، والذي بمقتضاه تكون " النظرية بناء عقلي يتم به ربط عدد من القوانين بمبدأ، أو يمكن أن يستنتج منه بدقة وصرامة " <sup>2</sup>.

وعلى هذا فإن النظرية أوسع من مجرد أفكار مؤلفة، بل هي مرادفة لـ "القانون الصارم المطرد" الذي يعني القاعدة المنبثقة من سلطة عليا تنظم بنية ما.

### – المقصود بالالتزام :

يتضح المقصود به من جهتين:

أ- تمييزه من غيره من المصطلحات القريبة والمشابهة

ب- بيان موقعه ومحلّه

أ- إن سبب التباس مفهوم الالتزام بغيره من المصطلحات هو عدم وضوح صلته بها، لذلك نبدأ بتقرير مسألة مساعدة وهي بيان تقريبي لتلك الصلة قبل التعريف بكل مصطلح .

و الذي نقرره تجنباً للبس هو أن العلاقة بين الالتزام و غيره من المصطلحات القريبة علاقة خصوص وعموم، بحسب ما يوضحه الشكل التالي:

التصرف < الالتزام < العقد < الاتفاق < الوعد

و الذي يدفعنا إلى هذا التقرير تحنيب الطالب التية بين التعريفات المتضاربة <sup>3</sup>. خصوصا وقد درج فقهاؤنا -رحمهم الله

– على استعمال اللفظ نفسه لكن دون التزام معنى واحد كل مرة.

التصرف : هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشرع أثرا ، وهو إماقولي وإما فعلي (الغصب، والإتلاف، واستلام المبيع ، وقبض الثمن، المعاطاة ..) ثم إن التصرف القولي منه ما هو عقدي ( هو الذي يتم نتيجة إرادتين

<sup>1</sup> لسان العرب "4/442

<sup>2</sup> Le petit ROBERT.Paris,1991,p:1958

<sup>3</sup> هناك من يميز بين المعنى العام والمعنى الخاص لمفهوم الالتزام ؛ ويقول انه يرادف العقد ، وفي هذا تشويش على معرف الطالب ، لذلك نقول إننا نقصد دائما المعاني الخاصة حتى تتضح الفروق ، وحتى نتكلم لغة واحدة .

كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود) ومنه ما هو غير عقدي (ما لم يكن شيئاً مما سبق ، لكنه أقوال تترتب عليها نتائج كالدعوى والإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم...) .  
والتصرف قد يكون فيه التزام وقد لا يكون، لذلك فهو أعم منه ومن غيره من المصطلحات .

الالتزام: هو تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه سواء كان صادراً من شخص واحد كالوصية أو من شخصين كالبيع، بمعنى سواء كان بإرادة منفردة أو بتراضي إرادتين. فيكون بذلك أعم من العقد.

و بعبارة أخرى فإن الالتزام يرادف التصرف القولي ، فيشمل كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال يرتب عليه الشارع أثراً ، سواء صدرت هذه الأقوال من طرف واحد أو من طرفين ، وسواء كانت لازمة كالبيع ، أو غير لازمة كالهبة ، فيدخل في الالتزام بهذا المعنى العقد . إذ هو التزامات متبادلة ، والإرادة المنفردة التي تنشئ التزاماً ،

العقد: قال الفقهاء إنه تطابق إيجاب وقبول على وجه مشروع يظهر أثره في الحل — سنرى تفصيل هذا التعريف في محله — وبهذا فإن أغلبهم يعتبره التزاماً بين عاقلين بالضرورة، بينما الالتزام قد يكون من شخصين وقد يكون من شخص واحد، لذلك فالعقد أخص. على أننا نجد كثيراً من الفقهاء ممن يسمى الالتزام عقداً وكأنهما شيء واحد، هم بذلك إنما يريدون المعنى العام، ونحن قلنا أننا نلتزم المعاني الخاصة. فلا بد من هذا التنبيه ليتضح الفرق.

الاتفاق: يشبه العقد من جهة أنه توافق إرادتين لكن يخالفه من جهة أنه لا ينتج بالضرورة أثراً، لأن كثيراً من الاتفاقات لا تلزم قضاء وإن كانت ملزمة ديانة، بمعنى أنه لا تنشأ عنه حتماً مسؤولية عقدية، كما لو اتفق أشخاص على الخروج لترهة فتخلف بعضهم.

الوعد: ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل، لا على سبيل الالتزام في الحال، لذلك يقول عموم الفقهاء انه لازم ديانة لا قضاء. وعلى ذلك التكييف قالوا إنه ليس عقداً، وأوضح مثال عليه اعتبارهم للخطبة وعدا بالزواج وليست بزواج، فلا يترتب عن العدول عنها أي التزام، بينما الأمر مختلف في القانون، فالوعد المكتوب يعد عقداً مستقلاً يترتب آثاراً، وهذا راجع إلى معنى العقد في كلا المنظومتين.

#### ب: محل الالتزام:

يقتضي ضبط الالتزام أن نحدد محله ؛ أي ما يقع عليه. و وعاء الالتزام ومحله هو الحق. غير أن محل الالتزام في القانون ليس كل الحقوق، بل حصروه في الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية، بناء على التمييز المعروف في القانون بين الحق الشخصي<sup>1</sup> والحق العيني<sup>2</sup>.

لكن الأمر مختلف في الفقه الإسلامي لصعوبة الجزم بوجود ذلك التمييز بسبب تداخل الحقلين فيه و تماهيهما. فإذا كان "الحق" — الذي هو محل الالتزام — لا يعتبر في القانون إلا ميزة مخولة للشخص يتصرف بموجبها في مال باعتباره مملوكاً أو مستحقاً، أي أنه مجرد مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. فإن الحق في الفقه الإسلامي أعم وأوسع؛ ذلك أنه كل ما يتعلق به النفع سواء كان متعلقاً بمصلحة خاصة ( حق العبد) أو من غير اختصاص بأحد ( حق الشرع أو ما

<sup>1</sup> الحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل  
<sup>2</sup> الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات

يسمى حق الله تعالى). وهذا فالحقوق في الفقه الإسلامي ليست مالية دائما- حتى في حق العبد- لأنها عموم النفع المحمي) كالقصاص مثلا ففيه اشتراك حق الشرع وحق العبد وهو الغالب فيه، وهو في كل ذلك ليس مصلحة مالية). وعلى هذا فإن الفقهاء يستعملون "الحق" ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية، كما يستعملونه ويريدون به ما ينشأ عن العقد من التزامات، وغالبا ما يقصدون الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة.

ويترب على ذلك - باختصار - أن قيام الحق العيني في الفقه الإسلامي أوضح من قيام الحق الشخصي، على اعتبار أن الفقهاء لم يعرفوا هذا التمييز بين الحق الشخصي درجوا على ربط الالتزام بما تعلق به؛ فيعبرون بالالتزام بالعين والالتزام بالعمل والالتزام بالدين الخ... بمعنى أن تمييز العين من الدين هو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي وهو مخالف كلية للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني الذي هو تمييز جوهري في القانون.

ولما كان الالتزام بالعين من الواجبات عينية واضحة في الفقه الإسلامي كما يعرفها القانون. بل هي أكثر تشعبا في الفقه الإسلامي.

لكننا لا نستطيع ذلك بخصوص الحقوق الشخصية، لأن الالتزام بالدين هو التزام محلل للذمة. و مدلولها في الفقه الإسلامي أوسع من مدلولها القانوني، لأن الذمة في القانون هي مجموع مال يخول شخصية قانونية<sup>1</sup>، بينما هي في الفقه الإسلامي وصف يتعلق بجميع الحقوق والواجبات عبادية كانت أم مالية .

وعموما فإننا رغم توضيح تلك الفروق الاصطلاحية التي التزمنا فيها المعاني الخاصة، ورغم بيان أن محل الالتزام في القانون هو الحقوق الشخصية، بينما يصعب الجزم بذلك الحصر في الفقه الإسلامي، إلا أننا - للمنهج المقارن الذي ارتضيناه ولحاجتنا له في تعداد مصادر الالتزام-، فإننا نقبل بهذا التمييز بين الحق العيني و الحق الشخصي حتى في الفقه، دون التحلي عن حقيقة أن الفقهاء لم يعرفوه، وما ذلك لقصور وإنما لم تكن الحاجة تدعو إليه في زمانهم.

### - مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي

تخصر مصادر الالتزام في القانون عادة في: العقد و الإرادة المنفردة و العمل غير المشروع و الاثراء بلا سبب ثم القانون. على أن هذا الحصر ليس محل اتفاق تام، خاصة في منظومة القانون المدني الفرنسي الذي لم يستقر حتى الآن على مصادر متفق عليها. بل إن هناك دعوة جادة إلى إرجاع كل تلك المصادر في القانون نفسه إلى مصدرين كبيرين: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

ومع أن هذه الدعوة الأخيرة أنسب للفقه الإسلامي وأقرب لفلسفته في التحديد، إلا أننا مع ذلك ستتحري حضور تلك المصادر في الفقه الإسلامي و إن لم تجمع فيه و تحصر على النحو الذي هي عليه في القانون. ومع ذلك نذكرها مراعاة :

- العقد : هو أظهرها في الفقه الإسلامي ويستغرق من بحوثه حيزا كبيرا باعتباره أهم مصدر لإنشاء الالتزام سواء التزاما بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق. ولم يحاول فقهاء المسلمون وضع نظرية عامة للعقد بل تناولوا العقود المسماة عقدا عقدا و بحثوا كل عقد وأركانها وقواعده ؛ فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها و المزارعة و المساقاة والشركة و العارية.... ثم إن من استقصاء القواعد التي قرروها بذلك الصدد يمكن للباحث استخلاص القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا فيستخلص منها نظرية عامة للعقد. وهذا ما فعله الفقهاء المسلمون المعاصرون ون في مؤلفاتهم الحديثة.

<sup>1</sup> انظر توسعا بديعا في هذه الفروق بين النظامين في معنى الذمة عند د عبد الرزاق السنهوري رحمه الله ، في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 19/1



وأما ما يخص رضائية العقد، فقد قرر الفقهاء قاعدة أساسية تقتضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد. وهذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها قاعدة عامة إلا أواخر مراحل تطوره.

#### - الإرادة المنفردة:

لا توجد فيه قاعدة عامة في الفقه الإسلامي، فالغالب فيها أن تطرق ضمن مباحث العقد، لكن ميدانها مع ذلك في الفقه متسع لا يقل عن اتساعه في القانون، غير أنها تعرف بعض التنوع في كليهما.

فكثير من العقود التي تتم في القانون بإرادة منفردة تعتبر في الفقه الإسلامي عقوداً مكتملة الأركان؛ فيقولون الوصية عقد لأن تمام العقد ليس بمجرد صدور الإيجاب ولكن بقبول الموصى له.. ثم إن هناك تصرفات هي عقود في القانون تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي (كالوعد والنذر والالتزام بمعناه الضيق عند الفقهاء، وكذلك القرض الذي يقول فيه الفقهاء أن قبول المقترض ليس ركناً ..) .

والذي ينبغي التركيز عليه هو أن الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي لا يقل فساحة عن القانون الوضعي. بل تزيد عنه في الفقه، بدليل أن المذهب المالكي أشد المذاهب تدقيقاً في الالتزام الذي ينشأ عن الإرادة المنفردة، فقد قالوا - مثلاً - إن مجرد صدور الإيجاب من العاقد الأول ينشئ الالتزام بالإرادة المنفردة دون انتظار القبول من العاقد الثاني، بحيث لا يحق له الرجوع فيه؛ بمعنى أنه يبقى التزاماً بإرادة منفردة ينشئ آثاراً فلا يتحلل مصدره منه إلا برفض الطرف الثاني أو أن يصير التزاماً بالعقد بقبول ذلك الطرف، وهي مسألة لنا إليها عودة حين الحديث عن نظرية المجلس.

#### - العمل غير المباح (أو غير المشروع)

بحث الفقهاء هذا المصدر دون أن يفصحو عن قاعدة عامة تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام، غير أنهم توسعوا في مباحثه على المعتاد منهم من الاعتداد بالسمة العملية في العقود؛ بمعنى أن قواعد العمل غير المباح مبعثرة في أبواب مختلفة من الفقه (كمباحث الغصب والإتلاف..).

وقد اتفق الفقهاء على أن أكثر الأعمال التي تصيب الجسم والمال تستوجب الضمان، وهذا ما يدفعنا لأن نقول إنهم عرفوا "العمل غير المباح" مصدراً للالتزام وإن لم يصرحوا بذلك. بحيث نجدهم يجعلون الضمان نوعين: ضمان العقد يقابل المسؤولية العقدية في القانون) و ضمان الفعل (يقابل المسؤولية التقصيرية).

ومع ذلك فلا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تقتضي بأن كل عمل غير مباح يلحق ضرراً بمال الغير يوجب التعويض، لكن نستطيع أن نقول إن الفقهاء قد نصوا على الأحوال التي يجب فيها الضمان وقد بينوا أسبابه وشروط تحققه، فذكروا منها أن يكون الفعل الموجب للضمان ناتجاً عن التعدي دون توسط سبب أجنبي عن الفاعل. كما تكلم الفقهاء عن مقدار التعويض إلى غير ذلك مما يدخل في مجال المسؤولية المدنية بمفهومها الحديث، ولهم رحمهم الله في ذلك مؤلفات جلية ككتاب (مجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم البغدادي).

#### - الإثراء بلا سبب

هو أيضاً لا توجد له قاعدة عامة في الفقه الإسلامي، لكن هناك عدة تطبيقات تشير إلى الأخذ به ومعرفة الفقهاء لجوهر فكرة الكسب غير المشروع باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام. لكن لا بد من التنبيه إلى أن الفقه الإسلامي لم يتوسع

في الأخذ بهذا المصدر كما هو الحال في القانون الروماني الذي غالى فيه. ونستطيع أن نقول أن كثيرا من القوانين الحالية صارت تنكره، كالقانون الانجليزي على سبيل التمثيل.

و على العموم فإن الفقه الاسلامي يتوسط في الأخذ به، فكثير من الحالات التي تعتبر إثراء بلا سبب في القانون ليست كذلك في الفقه الإسلامي. لهذا بحث الفقهاء هذا المصدر في مباحث أكثر دقة نذكر أهمها: دفع غير المستحق ( وهو من ظن أن عليه ديناً فأداه، فله حق الرجوع على من أثرى )، و الفضالة ( أو عمل الفضولي، وهو على خلاف الأول لا يترتب عليه الالتزام دوماً).

و توجد تطبيقات كثيرة لفكرة الكسب غير المشروع عند الإمام ابن القيم في " إعلام الموقعين"، وهي كلها تطبيقات يكون فيها للشخص القيام بالفعل النافع للغير فإذا تسبب عنه افتقاره و إثراء من كان الفعل لمصلحته فإن الرجوع عليه بمقدار ما كسب وأثرى بسبب الفعل. وهذا هو جوهر فكرة الكسب غير المشروع في القانون الوضعي نفسه.

- الشرع مصدر للالتزام في الفقه الإسلامي:

هذا المصدر يكون ضيقا في القانون لذلك تجدهم يتحدثون عن نماذج قليلة (نفقة الأولاد تجب على الأب بمقتضى القانون أي بمواد من مدونة الأسرة مثلا)، لكنه مصدر واسع جدا في الفقه الإسلامي . بل حقه أن يكون أول المصادر للسمة الدينية لهذا الفقه. وهذا يحيلنا على المفهوم العام للتصرفات عند الفقهاء التي يترتب عليها آثارا دون تمييز بين العبادات والمعاملات.

## العقد

يطلق العقد في اللغة العربية على معان كثيرة - يجمعها كلها معنى: الربط والشد والتوثيق والضمان والقوة والإبرام وهو نقيض الحل .

ومعقد الشيء مثل مجلس : موضع عقده وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه، والجمع عقود . ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾<sup>1</sup> وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ ﴾<sup>2</sup>.

- تعريف العقد ينم عن نزعة موضوعية :

عرف الفقهاء العقد بأنه " ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل " .  
وعليه فإن العقد ينشأ من ارتباط إيجاب بقبول، لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين ( وهذه هي النزعة الشخصية العامة في القوانين اللاتينية )، بل من حيث أنه يثبت أثره في المحل و يغيره من حال إلى أخرى.  
فإذا كان القانون يعرف العقد على أنه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، فإن تعريفات الفقهاء تجعل المحل المتعاقد عليه عاملاً مؤثراً في تكوين العقد ، فهو بذلك ركن بلا خلاف .

وبعبارة أخرى، فإن الالتزام بحسب تعريفهم للعقد لا ينشأ من مجرد ارتباط إيجاب بقبول بل من ظهور أثر هذا الارتباط في المعقود عليه، بمعنى أن يؤدي ذلك الارتباط إلى تحويل شيء من حال إلى حال أخرى ، وعلى ذلك فإن الفقهاء يتخطون النتائج الأولى للعقد - وهي العتبة التي يقف دونها القانونيون - إلى النظر في النتائج الأخيرة للعقد.  
وعلى هذا فمجرد وجود الإيجاب والقبول من غير وجود رابطة بينهما لا يرتب الشارع عليها أثراً، ومن ثمة لا يسمى عقداً. ومثاله: إن مجرد الاتفاق على بيع أرض بصدور إيجاب من أحدهما وقبول من الآخر لا يسمى عقداً، لأن هذا الأخير هو نتيجة ذلك الارتباط على المحل الذي هو نقل ملكية تلك الأرض .

و لا ينبغي أن يفهم من اعتماد النزعة الموضوعية أن الفقه يؤثر السمة المادية في التعاقد؛ بحيث يحرص تركيزه على الصيغة و تأثيرها في المحل. فالنزعة الموضوعية شيء و الإغراق في الشكلية شيء آخر؛ وهذه مسألة سنشير إليها في صيغ التعبير عن الإرادة حتى تتضح.

### تقسيم العقد:

تقسم العقود في الدراسة القانونية تقسيمات عدة؛ فهي تنوع إلى عقود مسماة و أخرى غير مسماة وإلى عقود شكلية و أخرى رضائية.. . وهو تقسيم غير موجود في الفقه الإسلامي لما اشرنا إليه من عدم اهتمام الفقهاء قديماً بصياغة نظرية مجموعة. ومن ثمة فقد كان بحثهم للعقود يتم بدراستها عقداً عقداً.

ولعل هذا ما قد يدفع المتسرع إلى أن يظن العقود في الفقه الإسلامي كلها مسماة. لكن منعم النظر في صنيع الفقهاء رحمهم الله يجد أنهم وقفوا على تقسيمات كثيرة للعقود بحسب الاعتبار الذي استندوا إليه؛ كما في تقسيمهم - مثلاً - للعقود

<sup>1</sup> سورة المائدة من الآية 1

<sup>2</sup> سورة البقرة من الآية 235

بناء على وجود العوض من عدمه، حتى ميزوا عقود المعاوضات التي يتحقق فيها تملك العين أو المنفعة كالبيع والإجارة والشركة.. من عقود التبرعات وهي التي يقع فيه التملك مجاناً وبغير عوض كقعد الهبة والعارية والوديعة.. و عموماً فما ذكره الفقهاء من عقود مسماة في غالبها، إنما هي العقود التي عم التعامل بها في زمانهم. لذلك لا مانع عندهم متى استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها شروط الصحة، أن تكون عقوداً مشروعة

### حدود التعاقد في الفقه الإسلامي

هذه المسألة متفرعة عن مسألة تقسيم العقود، فمن يقول إن الفقهاء درسوا كل العقود في بحوثهم وأن تلك الدراسة الاستقرائية منهم كانت على وجه الاستقصاء، فإنه حتماً يتهم هذا الفقه بالحد من حرية التعاقد. كما أن من يقول إن حرية التعاقد في الفقه الإسلامي لا حدود لها مكتفياً بالاستدلال بقاعدة "المسلمين عند شروطهم" المقتطعة من الحديث الذي أخرجه أبو داود في السنن وابن أبي شيبة في المصنف، فإنه ضمناً ينسف أيضاً أن يكون لهذا الفقه خصوصية تميزه عن غيره.

فالذي ينبغي التأكيد عليه هو أن الفقه الإسلامي قد توسط بين الأمرين؛ فلم يسبق فقط إلى تقرير الرضائية - وقد سبقت الإشارة إلى أنها من أهم ما يميزه عن القانون الروماني -، بل قد جعلها أساس التعاقد لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>1</sup>. ثم إن الرأي السائد عند جمهور الفقهاء هو أن الأصل في العقود الإباحة ما لم ينص الشرع صراحة على منعها أو أن تخالف هي نصاً شرعياً.

لكن الفقه الإسلامي بقدر ما يفتح باب التعاقد و يجعل العقد شريعة للمتعاقدين، بقدر ما يجد من ذلك الإطلاق بحسب تأثيره في المعقود عليه؛ ومعنى هذا أن التعاقد يصح على أي شيء لا يكون الالتزام به ممنوعاً شرعاً، وعلى هذا تحرم العقود الربوية و عقود الغرر رغم توافر كل شروط الصحة في العاقدين من أهلية وتراض وغيرها.. وبعبارة واضحة نستطيع أن نقول إن الفقه الإسلامي يقرر سلطان الإرادة وحرية التعاقد كما في القانون إلا أنه أضيق منه في اعتبار ذلك السلطان.

<sup>1</sup>سورة النساء، آية 29

## أركان العقد

ركن الشيء هو الأساس الذي يقوم عليه؛ بحيث إذ اختل كان ذلك الشيء في حكم المعدوم. بينما الشرط هو الإلزام الخارجي الذي يرتبط بالشيء.

و تمييز الركن من الشرط لم يكن من الأمور الواضحة دائماً حتى عند الفقهاء؛ فما يعتبره بعضهم شرطاً يراه البعض الآخر ركناً، بل إن الخلاف في ذلك يكون بين فقهاء المذهب الواحد .

و عموماً فقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد لا يتحقق إلا إذا وجد له أركان ، وهي :

1- العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول .

2- المحل الذي يرد عليه العقد ، وهو المعقود عليه. فلا وجود للالتزام من دونه .

3- الصيغة الدالة على العقد لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه الثلاثة كلها أركان للعقد بينما ذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط؛ أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة لذلك لا يعتبر من الأركان، فما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه .

وتجنبنا لكل إطالة وتفريع، فإن الأنسب أن نقول : أركان العقد هي؛

- التراضي : (وجود الإيجاب والقبول - صحة أهلية المتعاقدين وخلو إرادتهما مما يعيبها)

- المحل

وهذا نكون جمعنا ما تفرق ، و إن كان أقرب على مذهب الحنفية إلا أن التوجه الحالي في التشريعات يميل إلى رأيهم، وهو الواضح من حصر مدونة الأسرة المغربية - مثلاً - لأركان الزواج في الإيجاب والقبول<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المادة 10 من مدونة الأسرة

## الراضي

دراسة هذا الركن تتم من خلال التحقق من مسألتين، إحداهما تبني على الأخرى:

- 1 - التحقق من وجود التراضي.
- 2 - التحقق من صحة ذلك التراضي .

### 1 - وجود التراضي

من خلال التعريف المعتمد عند الفقهاء فإن وجود العقد يتحقق بوجود صيغة مادية تترجم إيجاب أحد العاقلين و قبول الآخر، على أن تتم هذه العملية بشكل متطابق بحيث لا تفصل مدة طويلة بين صدور الإيجاب و الرد بالقبول. مما يعني أن التحقق من وجود التراضي يتم ببحث مسألتين فرعيتين:

- صيغة العقد
- مجلس العقد (تطابق الإرادتين)

#### 1-1 صيغة العقد :

لقد أشرنا آنفا إلى أن التزعة الموضوعية هي أهم ما يسم الفقه الإسلامي في نظريته عن الالتزام؛ فهو يؤثر لذلك الإرادة الظاهرة و لا يلتف إلى البواعث الباطنية متى ظهرت الإرادة وتجلت جلاء يمكن التحقق منها بيسر .  
بمعنى أن الفقهاء كانوا أميل إلى بناء تحقق إرادة التعاقد على أول مظاهرها الخارجية الذي هو اللفظ بمعناه الظاهر. لذلك يجعلونه أقوى صياغة للعقد في التعبير عن الإرادة الظاهرة . فمتى كان المعنى واضحا - سواء في الإيجاب أو القبول- فلا التفات إلى النية أو الإرادة الباطنة.

وعلى هذا فإن توجه الفقهاء العام هو ترتيب الصيغ من حيث القوة؛ فيجعلون اللفظ الشفاهي أولى من الكتابة، وهذه أولى من الإشارة والأخيرة أولى من السكوت وهكذا.

وقبل التعرض الموجز لهذه الصيغ لابد من التنبيه إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي أن تقديم الفقهاء لصيغة العقد اللفظية لا يعني تمسكهم بالشكلية كما هي معروفة في القانون. فاللفظية والشكلية أمران مختلفان. بمعنى أن إثبات الفقه الإسلامي للفظ لا يعني اشتراطه للفظ بعينه في تحقق صيغة عقد مخصوص؛ فأى لفظ أفاد معنى المبادلة- مثلا- جاز سواء استعمل لفظ "البيع" أو الأخذ "أو" البذل"، لأن العبرة للمعنى لا للصورة.

#### أ- التعبير الشفاهي:

هو كما قلنا أوضح تعبير عن الإرادة. وبحكم أن الفقه الإسلامي يُؤثر التزعة الموضوعية دون التفات إلى الشكلية ، فإن الغالب أن يتحكم العرف في وضوح هذا التعبير الشفاهي، وهو ما يوضح كيف أن صيغ الإيجاب و القبول في كثير من العقود تكون محدودة بحسب مقتضيات اللغة والعرف.

ثم إن شدة عناية الفقهاء بهذا التعبير جعلهم يدققون أي الصيغ الصرفية تكون أجلي في بيان الإرادة من غير لبس. لذلك نجدهم يوازنون بين صيغة الماضي والمضارع والاستقبال بكثير من التفصيل الذي لا يفهم جدواه من لم يحيط بهذا الباعث الذي هو : كشف إرادة التعاقد من أول مظاهرها الخارجية.

و المبدأ العام في ذلك عند الفقهاء:

- إن صيغة الماضي ، بطبيعة وضعها في اللغة والشرع هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية ، فهي إرادة دالة ظاهرا أنها تجاوزت مرحلة التفكير و المساومة، لذلك يقول الفقهاء أنها صيغة تتمحض للحال، فينعقد بها العقد دون بحث في النية، أخذًا بالإرادة الظاهرة من غير حاجة إلى النباش في الإرادة الباطنة، لأنها هنا واضحة.

- إن العقد بصيغة المضارع يحتمل الحال والاستقبال و على ذلك فإن الإرادة الظاهرة غير واضحة، لذلك لزم البحث عن البواعث أي النية في التعاقد مما يعني عدولا إلى البحث في الإرادة الباطنة من خلال ما يتمحض من ملابسات وظروف الانعقاد بتلك الصيغة.

- صيغ الاستقبال و الأمر والاستفهام: كلها صيغ تتمحض للاستقبال أو لطب الإيجاب و القبول لا لتحقيقه. والأخذ هنا بالإرادة الظاهرة يُظهر جليا أن العقد لم ينعقد؛ فلا نعدل عنها إلى الإرادة الباطنة. كأن نقول مثلا: إن من قال ردًا على من طلب بيع أرض : سأبيعهها أنه ينوي القبول .فجواب الفقهاء الذي لا خلاف فيه أن القبول لم يصدر ليكتمل العقد، لأننا لا نلتفت للنية هنا مادامات الصيغة بحالتها الظاهرة- التي هي الاستقبال- تنصرف إلى عدم التعاقد .

#### ب- التعبير بالكتابة:

أضحت هذه الوسيلة أقوى الوسائل في التعبير عن الإرادة في القانون، بحيث لا يعدل إلى غيرها إلا إذا تعذرت. لكنها ما تزال في الفقه الإسلامي وسيلة دون التعبير الشفاهي، بسبب ما استقر عند الفقهاء من أن الكتابة قد يلحقها التدليس و التصحيف، ولعل سبب ذلك ما عاناه رجال الحديث من الوضع بسبب الكتابة حتى جعلوا الوجادة من أضعف طرق التحمل، عدا أنهم لم يعرفوا الطباعة. فهذه وغيرها عوامل جعلت الكتابة تبقى متأخرة عن التعبير الشفاهي في الفقه الإسلامي. وهو موقف ليس معينا خصوصا وأنه ما يزال بابا واسعا لحماية الأطراف الضعيفة في العقود حتى في القانون والمعاملات المعاصرة، كما في عقد الشغل أو في إثبات الزوجية- المادة 16 من مدونة الأسرة- بحيث تبقى الشهادة السبيل الوحيد لمن عجز عن الإثبات.

ولابد من الإشارة إلى مسألة مرتبطة بالتعاقد بالكتابة ، وهي أن الأصل في الفقه الإسلامي أن يقتصر الإيجاب بالقبول من غير فاصل ، فإذا أوجب أحد العاقدين في غياب العاقد الآخر، و تحقق وصول ذلك الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة فإنه يعتبر نقلا ماديا إلى مجلس القبول، فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع في مجلس واحد.

#### ج- التعبير بالإشارة:

الغالب على جمهور الفقهاء أن يجعلوا الإشارة صيغة بديلة لا أصلية، فهي لم تحظ بما حظي به التعبير الشفاهي والكتابي من توسع في الحالات. لذلك يكاد يتفق الفقهاء على أن الإشارة لا تغني العاقد إذا كان قادرا على الكلام أو الكتابة، فلا يقبل التعاقد بالإشارة إلا من الأخرس أو العاجز عن النطق .

لكننا نجد المذهب المالكي استثناء في هذه القضية ، ذلك أنه يجيز التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرس ، قال الخطاب في شرح المختصر في معرض الحديث عما ينعقد به العقد ( ينعقد بكل قول يدل على الرضا، وبالإشارة الدالة على ذلك ، وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام، قال الله تعالى ﴿ قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾<sup>1</sup> والرمز الإشارة)<sup>2</sup>. و هو بذلك أوسع المذاهب وأكثرها مسaire للعصر و مقتضيات التعامل الراهنة .

#### د- التعاطي

هو التعاقد بالمبادلة الفعلية من غير قول أو إشارة، كأن يأخذ المشتري كيس ملح من أمام البائع ويضع مكانه درهما.. وهكذا مما هو شائع في التعامل مع البائعين بالتقسيط.

هذه المبادلة تختلف فيها الفقهاء بناء على سابق مذهبهم فيما تقدم؛ وذلك على تفصيل:

فالشافعية لا يجيزون التعاقد به، بمعنى أنه ليس حراما لكن لا يرقى أن يسمى عقدا.

وقال الحنفية والحنابلة أن التعاطي يكون عقدا إذا كان محل العقد نفسيا أما إذا كان زهيدا فلا يسمى عقدا بل تصرفا من جملة التصرفات ولا يرتب آثارا.

بينما ذهب المالكية - بناء على مذهبهم الرائد في الأخذ بكل ما يعبر عن الإرادة - إلى أنه صيغة من جملة صيغ التعاقد، وأن التعاقد به يسمى عقدا، أي كان محل العقد ثمينا أم زهيدا .

هـ - السكوت:

هو مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة لكن ميزته أنه موقف سلبي لأن الساكت لا يعبر بطريق إيجاب عن أية أرادة. والمقصود بالسكوت صيغةً للتعاقد موقف القابل لا الموجب؛ لأنه لا يتصور استخلاص إيجاب بالسكوت، بينما القبول فيمكن استخلاصه بالنظر إلى الظروف الملابسة. لذلك شاعت في العمل القضائي عبارة "لا ينسب لساكت قول". وهي عبارة أصلها قاعدة من قواعد الفقه عند الشافعية وهي مطابقة لمذهبهم في جعل التعبير بالقول أولى الصيغ . لكن عموم الفقهاء -من فيهم الشافعية- قالوا بمسائل كثيرة خرجت عن القاعدة بحيث يكون السكوت فيها كالنطق" لذلك تعقب المقعدون قاعدة لا ينسب لساكت قول فأضافوا عبارة " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

وتحمل روائع معرفة السكوت الذي يكون بيانا في ثلاثة حالات و هي:

- أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكت عن التصريح بالرفض ( سكوت البكر دون الثيب، سكوت الشفيع حين علمه بالبيع..).

- وجود تعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل بالإيجاب بهذا التعامل.

- تمحض الإيجاب لمنفعة من توجه إليه ( سكوت الموصى له أو الموقوف عليه)

#### 1-2 تطابق الإرادتين :

إن من وجود التراضي التحقق من تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد . بمعنى أن اتحاد المجلس شرط في الانعقاد. و مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، و يبدأ من وقت صدور الإيجاب و يبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد و لم يبدأ إعراض من أي منهما. والغاية من المجلس هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب .

<sup>1</sup> سورة آل عمران، آية: 41

<sup>2</sup> مواهب الجليل : 229/4



وهو بذلك ينشأ حالات لا تخرج عما يلي:

- رد المتعاقد الآخر على الإيجاب قبولاً أو رفضاً يجعل المجلس قد استنفذ كل أغراضه.
- ينفذ المجلس بترك أحد المتعاقدين للمكان. بل أن مجرد إعراض أحدهما يجعل المجلس منفضاً.
- من حق القابل قبول الإيجاب إلى حين انفضاض المجلس (وهو ما يسمى بخيار المجلس).
- إذا نفذ المجلس دون قبول فقد سقط الإيجاب، حتى أن القبول إذا صدر بعد ذلك يعتبر إيجاباً جديداً يقتضي قبولاً في مجلس آخر من الموجب الأول.

و على عموم هذه الحالات نمت نظرية مجلس العقد التي تميز بها الفقه الإسلامي ولم تعرفها القوانين الوضعية بهذا التفصيل. على أن أئمة المذاهب اختلفوا في مسألة خيار المجلس من هذه النظرية، وهو كما تقدم خيار يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انفضاض المجلس.

وقبل الإشارة إلى صلب ما اختلفوا فيه تجدر الإشارة إلى أن خلافاً أولياً قد وقع في الإيجاب و القبول منفردين؛ فبينما يقول جمهور الفقهاء بجواز الرجوع في الإيجاب ما لم يصدر القبول، ذهب المالكية إلى أن الإيجاب ملزم لمصدره و لا يتحلل منه إلا أن يحله من ينتظر منه القبول بالرفض أو بموت أحدهما. وأما بخصوص القبول فقد تشدد الشافعية فخالفوا جمهور الفقهاء بدورهم لما ألزموا الفورية في القبول. وهاتين المقدمتين مهمتين لفهم نظرية المجلس في عمومها.

وأما مظهر الخلاف العام في تلك النظرية هي أن للحنفية و المالكية فهم لخيار المجلس، فالعقد عندهم متى تم في مجلسه بصدر القبول لم يجوز لأي من العاقدين أن يرجع، ولو استمر بهما المقام بذات المكان، لأن العبرة عندهم بتحقيق مقابل الإيجاب بقبول جازم أو رفض جازم، وعليه فإن العبرة عندهم بالتفرق بالأقوال.

أما الشافعية والحنابلة فيقولون بخيار المجلس، بفهم يفيد أن خيار الرجوع يمتد عندهم إلى ما بعد صدور القبول مادام المجلس منعقداً أي قبل تفرق المتعاقدين بأبدانهم. وهو ما ينكره عليهم الحنفية مستلدين بحالة ما إذا كان هذا المجلس في سفينة في البحر، وامتد الإبحار أشهر، فكيف ينتهي ذلك الخيار؟

والذي يعنينا من خلافهم أن نفهم سببه ونحسن استثماره، ذلك أن الأمر راجع إلى فهم كل فريق لحديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"<sup>1</sup>. فبينما يقول الشافعية أن المقصود بالتفرق هو الأبدان، يذهب الحنفية والمالكية - مع أن مالك مخرج في الموطأ للحديث عن نافع<sup>2</sup> - إلى أن ذلك الخيار قائم ما لم يصدر القبول أما بعد صدوره فلا خيار ولو بقي المجلس ضاماً للعاقدين، لأنه قد استنفذ أغراضه.

و الذي ينبغي أن نستثمره في هذه المسألة دون إغراق في الخلاف أن خيار المجلس رخصة سمح بها الفقه الإسلامي بحيث لا يطلب من المتعاقد الثاني القبول فوراً، بل له أن يتمعن ويتدبر قبل الالتزام لكن دون أن يسمح له بإطالة التأمل إلى حد يضر بالموجب، وبهذا نقول أن ثمة نظرية المجلس هي توحي التوسط بين الحقيقتين: حق الموجب في رد سريع و حق القابل في مدة للتمتع.

<sup>1</sup> متفق عليه؛ أخرجه البخاري في كتاب البيوع عن حكيم بن حزام وعنه أيضاً مسلم في البيوع.  
<sup>2</sup> وهذه من المسائل التي رجع فيها الإمام مالك عمل أهل المدينة على الحديث، حيث ظل يدفع الحديث بكون ذلك لم يكن من مآلوف أهل المدينة في البيوع

### أثر المحل في تطابق الإيجاب والقبول :

لا زلنا نذكر أن الذي يميّز تطابق الإيجاب و القبول في الفقه الإسلامي هو اعتبار المحل ، لذلك زادوا في تعريف العقد في الفقه الإسلامي عبارة "...يظهر أثره في المحل". لذلك فإن من لوازم انعقاد العقد:

أ- تتطابق الإرادتان تطابقا تاما على محل العقد:

أي ينبغي أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في الموضوع المقترح للتعاقد ، دون زيادة أو نقصان أو تعديل، فلو قال عاقد لبائع : أتبيعني هذا الثوب بمائة درهم فأجب البائع أبيعك ثوبين بخمسين ومائة درهم ، كان هذا إيجابا جديدا لا قبولا لأنه عدل في محل التعاقد وهكذا

ب- عدم تغير المحل بين الإيجاب والقبول:

لا ينبغي لتمام العقد أن يتغير موضوع التعاقد وقت القبول عما كان عليه وقت الإيجاب، فلو باع عصيرا فسكت المشتري حتى تخمر فتحلل ، ثم قبل لم ينعقد العقد؛ لأن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع العصير بينما المبيع صار خلا قبل صدور القبول ، وهو ما لم يكن محل التراضي.

مباحث الأهلية من المباحث التي يكون فيها القانون ونظريته في الالتزام عالةً على الفقه الإسلامي ينتظر ما يقرر فيها؛ ذلك أن قوانين الدنيا متفقة على الاعتداد في أهلية الملتزم بما يحكم أحواله الشخصية، وقد تقدم أن هذا الاتفاق نفسه نابع من تأثير الفقه الإسلامي في القانون اللاتيني — مدونة نابليون تحديداً، القول أن هذه المباحث من خواص

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، هو أهل لكذا، أي هو مستوجب له. فتكون بمعنى الاستحقاق. ومنه قوله تعالى في المؤمنين ﴿وَالزَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾<sup>1</sup>

و لا ينبغي بهذا الصدد الخلط بين الذمة - وهي لغة الذات - و الأهلية ؛ فالذمة أوسع لأن المقصود بها الاصطلاح " تلك الصفة الاعتبارية التي يقدرها الشارع في الشخص ويكون بها أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه"<sup>2</sup>. على هذا المعنى تكون الأهلية من آثار الذمة، لأن الذمة وصف شرعي يفترضه الشارع في الإنسان يصير به أهلاً للوجوب له أو للوجوب عليه. وإذا كانت كذلك فلا شيء يمنع من أن تشمل الذمة الإنسان وغيره، فتفترض ذمة للمسجد وليبيت المال و للدولة و لكل مهم ديني، لكن يكون القائمون بهذا المهم مكلفين تتوافر في كل واحد منهم أهلية يتحقق بها شرط ترتب الذمة.

أما الأهلية -وهي التي تعيننا هنا- فهي في الاصطلاح " هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات". وهو تعريف مركب وصلنا من علماء الأصول، ويدل على أن الأهلية نوعان:

- أهلية وجوب، وهي أهلية الشخص لأن تكون له حقوق و عليه واجبات.

- أهلية الأداء، و هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً. أما مناطها فهو التمييز.

وتقسم كلتا الأهليتين إلى قسمين أيضاً : أهلية كاملة، وأهلية ناقصة. و ينتج عن هذا التفرع حصول خمسة مسائل:

- أهلية الوجوب الناقصة ثابتة لكل إنسان حتى لو كان جينياً في بطن أمه، لما له من حقوق أوجبها الشريعة المقدسة.

- أهلية الوجوب الكاملة ثابتة للإنسان منذ انفصاله عن بطن أمه، لأنها صلاحية لثبوت الحقوق له وعليه، سواء يؤدي بها

بصورة مباشرة كالبالغ العاقل، أم تؤدى عنه بالنيابة كدفع النفقة لوالدي المجنون والصغير من مالهما من قبل وليهما.

- أهلية الأداء الناقصة قوامها التمييز فقط.

- إن أهلية الأداء الكاملة لا تثبت إلا لمن استجمع شروط التكليف الشرعي الأربعة (البلوغ، العقل، العلم، القدرة). مضافاً إلى خلوه من العوارض المؤثرة على هذه الشروط.

- إن أساس أهلية الأداء الكاملة هو شروط التكليف الشرعية الكاملة، وأساس أهلية الوجوب الكاملة هو إمكان أداء الحق

ولو بالنيابة ، وأساس أهلية الأداء الناقصة هو التمييز، أما أساس أهلية الوجوب الناقصة هو الذمة، التي قلنا أنها وصف شرعي

يصير الشخص - ذاتياً كان أم اعتبارياً- أهلاً لما له وما عليه، بحيث لا يشترط اقترانه بالحياة.

<sup>1</sup>سورة الفتح، آية: 26

<sup>2</sup>أصول البزدوي: 237/4.

## – الأهلية في التشريع المغربي

لقد كان يوسم هذا المبحث في القانون المغربي بسمة التناقض وكان الذي يلزم بذلك حقيقة هو الفقه الاسلامي و المذهب المالكي خاصة، الذي هو مذهب الترجيح القضائي عند انعدام التنصيص قانونا.

فقد كانت عمومية الفصل الثالث من قانون الالتزامات و العقود تنص على أن أهلية الفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، ولما كان نص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد جعل مسائل الأهلية واسعة من غير تحديد تبعا لخلاف فقهاء المذهب في سننها، فإن ذلك أعقب اضطرابا في فروع القانون، حتى صارت لكل ميدان أهلية مخصوصة، فكانت الأهلية الجنائية أعلى سنا من الأهلية المدنية، وأهلية الترشح و التصويت في الانتخابات أعلى منهما معا وهكذا..

لكن بصدر مدونة الأسرة – قانون 73 – 03 – حسمت مادة الخلاف و صارت درجات الأهلية محددة بناء على قاعدة فقهية أصيلة وهي : حكم الحاكم يرفع الخلاف – وهكذا صار حديثنا الموجز عن أنواع الأهلية في مدونة الأسرة هو تطبيق للأهلية التي رأيناها نظرية عند الأصوليين

و لقد سبق قانون الالتزامات والعقود أن خصص الفصول من 3 إلى 13 لمباحث الأهلية مرشدا إلى قانون الأحوال الشخصية، فجاءت مدونة الأسرة مفصلة من المواد من 206 إلى 276. وفق القواعد التالية، لكن مع التذكير أن الأهلية المقصودة بالتفصيل هنا هي أهلية الأداء دون أهلية الوجوب، لأنها الأهلية التي يناط بها صحة التراضي و وجوده :

أ- **كامل الأهلية:** هو كل من بلغ سن الرشد المحددة في ثماني عشرة (18) سنة شمسية كاملة، رجلا كان أو امرأة عازبة كانت أو متزوجة أو مطلقة أو أرملة –

ب- **عديم الأهلية :** لعدم الأهلية سببان معروفان وجمع عليهما عند الفقهاء، وهما ما نصت عليهما المادة 217 من المدونة، فجعلتهما :

– الصغر مع عدم التمييز .

– فقدان العقل ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالجنون

و حكم تصرفات عديم الأهلية أنها باطلة لا تنتج أي أثر، مادام وجودها وعدمها سيان. فالعقد الذي يكون أحد عاقيه أو كلاهما عديم الأهلية باطل.

ج - **ناقص الأهلية :** وهو ما كان حاصلا لصحابه بسبب من الأسباب الثلاثة التالية:

– الصغر مع التمييز : الصغير المميز هو الذي أتم اثني عشر سنة شمسية كاملة في اصطلاح المدونة، وإن كان مستند

الفقهاء في سن التمييز الحديث عن رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ (مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ

وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرِ سِنِينَ وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ<sup>1</sup>، حتى قال أغلب الفقهاء إن سن التمييز تبتدئ من السابعة.

- السَّفَهُ : السفیه هو المبذر ، الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا ، بشكل يضر به أو بأسرته  
- الْعَتَاةُ: و المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته، لكن يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية منقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها. كما أن فقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية كما في حالة تعاطي المخدرات والسكر على خلاف بين الفقهاء.  
و يعتري أحكام ناقصي الأهلية تفصيل:

أ- بالنسبة للصغير المميز - وعليه يقاس السفیه و المعتوه - : يقع التمييز بين مأذون له في التصرف، وغير مأذون له فيه.

- الصغير غير المأذون له : وهو الذي تتراوح سنه بين اثني عشرة ( 12 ) سنة و ثماني عشرة ( 18 ) سنة شمسية ولم يؤذن له في التصرف، فإذا تعاقد القاصر وناقض الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرماها ولهما أن يطلبوا إبطالها. غير أنه يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية ، إذا وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية لهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير. غير أنه يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية، إذا وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية.

وبناء على ذلك تخضع تصرفات الصغير غير المأذون له لأحوال ثلاثة؛ النفاذ أو البطلان أو التوقف. فتكون:

- نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً.

- باطلة إذا كانت مضرة به.

- توقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل ناب شرعي.

- الصغير المميز المأذون له: فهذا تكون تصرفاته صحيحة باعتباره كامل الأهلية فيما أذن له به فقط.

ب- بالنسبة للسفیه والمعتوه : تصرفاتهما في حكم تصرف الصغير المميز غير المأذون له، وقد تقدمت الإشارة إلى القياس عليه في حالتيهما .

وعلى العموم فبسبب هذه الأحوال و تنوعها ، نجد من الفقهاء من يجعل الأهلية مفتقرة إلى الولاية، بحيث يكون المتعاقد أهلاً وولياً على نفسه ليعتبر كامل الأهلية، إذ بحسبهم قد يحدث أن يكون الشخص أهلاً لكن لا ولاية له على نفسه، وهذا يثير قضايا النيابة والوكالة وعمل الفضولي، و التمييز بين ولاية المال و ولاية النفس ، وهي قضايا تطول عن غرض هذه الورقات التي نقتصر فيها على الإشارة إلى أسس العقد، ثم إنها قضايا تفصيلية ليست محل اتفاق ليزم ذكرها في أحكام العقد بوجه خاص.

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود في السنن بإسناد حسن في كتاب الصلاة- وقد صححه الألباني- عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ.

تقدم التنبيه إلى أن صحة التراضي مرتبطة بتحقق أهلية الأداء دون أهلية الوجوب — و التي لا يمنع منها هي الأخرى أن تكون ناقصة— أي أهلية الأداء— إذا ما روعيت الشروط المذكورة في أداء ناقص الأهلية. لكن تلك الصحة مرتبطة أيضا بسلامة التراضي مما يعتري الإرادة من عيوب قد تمنع الانعقاد أو تعييه. غير أن سؤالا وجيها قد يثار وهو: ألا يغني تحقق الأهلية لصحة التراضي عن ذكر هذا الشق المتعلق بعيوب الإرادة ؟

الجواب بالنفي يبرره أن وجود الأهلية الكاملة لا يعني دائما كمال الرضا؛ فقد يكون المتعاقد كامل الأهلية غير سفيه و لا مجنون، وقد يصدر منه لفظ صريح بالإيجاب أو القبول و بصيغة جازمة، لكن إرادته الحقيقية على خلاف ما ظهر؛ فقد تصدر الإرادة من المتعاقد على غير بينة من أمره وقد تعلقت بمحلها، خاصة في الغلط والتدليس. فالعقد في هذه الحالة موجود لكن تعلقه غير صحيح مما يجعله قابلا للإبطال.

بمعنى أن تخلف الأهلية ينتج عنه البطلان التام للعقد بخلاف تحقق عيب في الإرادة، فإن العقد يبقى صحيحا جائز التنفيذ لكنه يمكن المتضرر من العيب من حق الإبطال. لذلك — و تجنبنا لكل ما يعيق الإرادة من انطلاقها— اهتم الفقهاء بالشق الثاني من الصحة وهو الخلو من عيوب الإرادة .

وقد يظهر أن تناول هذه العيوب قد يجعل الفقه الإسلامي متخليا عن نزعته الموضوعية التي لا تنفك عنه؛ مادام البحث فيما يعيب الإرادة هو من صميم البحث في الإرادة الحقيقية ، الأمر الذي يعني أن هذه الإرادة ترجح على الإرادة الظاهرة عند التعارض.

لن يتخلى الفقه الإسلامي مرة أخرى عن نزعته الموضوعية حتى وهو يسعى للكشف عن الإرادة الحقيقية، وهكذا فإن مباحثه في عيوب الإرادة مختلفة ترتيبا من جهة الاعتداد و القوة عما هي عليه في القانون، ذلك أن هذا الأخير — خاصة في مدرسته اللاتينية— أكثر ما يعتد بالإرادة الباطنة، وهو ما سيثبت في الفقه الإسلامي أنه غير لازم لكشف الإرادة الحقيقية. ويترتب على هذا التقرير أنه التقارب في مواضع عيوب الإرادة التي في الفقهاء؛ وهي غالبا: الغلط، والتدليس، والإكراه. إلا أن درجة الاعتداد تختلف؛ بحيث إن الإكراه هو أقوى ما يعتد به الفقه الإسلامي معينا للإرادة، ثم التدليس المرافق للتغريب، فالغلط وذلك بالدرجة الأقل.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد أننا حاولنا أن نحفظ بالمباحث ذاتها كما هي عند القانونيين، رغم أن الفقهاء مختلفين في تعداد عيوب الرضا؛ فغالبا ما يضيف بعضهم مباحث الغبن لجعلها أربعة، ونقول نحن إن الاكتفاء بثلاثة مباحث : الغلط والتدليس ( وهو أيضا مما يسميه البعض خلافة وتغريرا تغليبا لمرافقته له) والاكراه. يغني عن دراسة الغبن استقلالاً على اعتبار أن المعتد به هو درجة ذلك الغبن أهو فاحش أم مغتفر، وهو ما يحضر في دراسة المباحث الثلاثة دون حاجة إلى تكرار و تطويل.

### 1 — الغلط:

الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له الأمر على غير حقيقته، بحيث يدفعه إلى التعاقد وما كان يتعاقد لو علم

الحقيقة. ولم يدرس هذه الفرع من عيوب الرضا في الفقه الاسلامي مستقلاً، بل ورد متناثراً في كثير من الفروع الفقهية ولم يجمعه الفقهاء في مبحث مستقل، لأن التعرض له كان بحسب الحاجة، علماً أن حرصهم رحمهم الله على استقرار التعامل هو الذي دفعهم إلى الاقتصاد في الاعتداد به، فنجده يحضر في بعض الخيارات التي تؤمن منه؛ خيار الوصف و خيار العيب و خيار الرؤية. لتلك الأسباب كلها ولعجم وضوحه سنتوسع فيه أكثر من غيره .

لقد حصن الفقهاء الاعتداد بالغلط - على نهجهم الموضوعي المؤلف - — في أن يقع الغلط في ماهية الشيء و مادته، بخلاف القانون اللاتيني الذي يتوسع في نظرية الغلط لارتكازه على المعيار الذاتي.

وبناء على ذلك قسم الفقهاء الغلط بحسب ما يقع عليه إلى: غلط في الشيء — أي في المحل — ، و غلط في الشخص، و غلط في القيمة، ثم غلط في الحكم

— الغلط في الشيء: و هو أن يقع في جنس الشيء، وهذا النوع من الغلط هو الجلي الواضح عند الفقهاء لارتباطه بغلط متعلق بمحل وسبب التعاقد، ولقد كان حرصهم بادياً في عدم الاعتداد بالغلط في الشيء إلا بتلازم قاعدتين مترجمتين للترعة الموضوعية :

— أن يقع الغلط في جوهر الشيء.

— أن يكون ذلك الغلط مهددا لاستقرار التعامل:

أ — أن يقع الغلط في جوهر الشيء.

و تأسيساً على ذلك قسموا الغلط في جوهر الشيء إلى قسمين:

— غلط مانع: غلط مانع من إبرام العقد، كما لو قصد المالك أن يبيع داراً معينة، فيعتقد المشتري أنه يبيع أخرى، على وجه لا يوجد معه توافق بين إرادتين مما يحول دون انعقاد العقد. وعلى هذا فإن الغلط المانع يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ولا تدخل هذه الحالات ضمن عيوب الإرادة.

— غلط فوات الوصف المرغوب فيه : وهو غلط يعيب الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال. وهذا النوع من الغلط يحدث فيما اتحد جنسه لكن تفاوت مقصود كل عاقد منه ، كما لو اشترى طالب علم — مثلاً — من كتي كتاب بداية المجتهد ظاناً أن النسخة المقتناة محققةً مخرجةً الأحاديث، فإذا هي نسخة تجارية عادية، فهذا العقد يبقى صحيحاً نافذاً لكنه غير لازم، إذ للمشتري فيه خيار الوصف.

ب — أن يكون ذلك الغلط مهددا لاستقرار التعامل

قرر الفقهاء أن الغلط المانع معدوم للإرادة، إلا أنهم نبهوا إلى أن ذلك لا يكون في جميع الأحوال، بل هو مشروط بانكشاف الإرادة أو بتجلي الإرادة الحقيقية، وذلك على تفصيل:

— إذا كانت الإرادة غير مكشوفة فلا اعتداد بالخطأ ، كما في حالة بائع المتلاشيات الذي يبيع تحفة بثمن زهيد، فهذا لا يستطيع الدفع بأن خطأه مكشوف للمشتري الخبير.

— إذا كانت الإرادة مكشوفة بحيث يتضح بجلاء أنها على خلاف ما وقع فيه الغلط، فهذه يعتد فيها بالغلط ليكون سبباً

لعدم لزوم العقد أي قابليته للإبطال.

- إذا كانت الإرادة الظاهرة مكشوفة لكنها مخالفة للإرادة الحقيقية، ففي هذه الحالة يتم الاعتداد بالخطأ تغليبا للإرادة الحقيقية، مثاله من اشترى شيئا دون أن يراه، فهذا له خيار الرؤية اعتبارا أن بما تتحقق الإرادة الحقيقية، والشيء نفسه يعلل به خيار الوصف .

- الغلط في الشخص: وهو الغلط الذي يقع في أهلية أحد المتعاقدين أو في صفة من صفاته، ويثبت به حق فسخ العقد وإبطاله شرط أن تكون شخصية المتعاقد موضوع الغلط محل اعتبار، ومن أمثله من أقدم على هبة شخص ظانا أنه من قرابته وهما وغلطا؛ أو من تعاقد مع طبيب على أنه طبيب متخصص لإجراء عملية جراحية دقيقة ، ثم اتضح أنه طبيب من الطب العام لتشابه في الأسماء.

- الغلط في القيمة: وهو ان يقع العاقد في غلط مرتبط بقيمة محل العقد، وهذا الغلط لا يعتد به إلا إذا صاحبه غرر، ومثاله ان يشتري عاقد سلعة بثمن لم يقل به أحد من المقومين، أما أن يوجد من يقوم بذات الثمن ولو كان فردا واحدا فإ ذلك يهدم الغلط في القيمة تغليبا مرة أخرى لاستقرار التعامل.

لذلك فكثيرا ما يخلط هذا الغلط مع عيب الغبن عند من يصر على التفريع به، فنكتفي بالإشارة إليه هنا تمييزا. على أننا سنصادفه مرة أخرى في عيب التدليس حينما يختلط بالتفريع أيضا. وسبب الخلط أن الغبن يكون نتيجة للغلط في القيمة، غير أن الأول — أي الغبن — قد يكون أيضا نتيجة تدليس، بل قد يكون غبنا برضى الطرفين كما لو قبل المشتري راضيا غير مكره أن يشتري بأكثر من سعر السوق لحاجة وغاية دفيئة يحققها لاحقا.

- الغلط في الحكم : وهو مؤسس على نقيض قاعدة " لا يعذر أحد لجهله بالقانون"، والتي مفادها أن صدور القانون ونشره في الجريدة الرسمية يفترض تلقائيا علم جميع الملزمين به. لكن الأمر على خلاف ذلك في رحمة الفقه الإسلامي، إذ قرر الفقهاء أن الجهل بالأحكام مغتفر فيما دون المعلوم من الدين ضرورة في حق الجميع، وفيما ما لم يقع به تقصير من الخاصة، وعليه فإن المتعاقد في الفقه الإسلامي قد يدفع بخطئه في حكم المعاملة الشرعي- وهو عين الجهل - ليوقف العقد أو يبطله، والغالب أن يقع الاعتداد بهذا النوع من الغلط في بيوع الاسترسال أو بيوع الأمانات التي يكون فيها أحد العاقدين مسلما بالخبرة للعاقد الثاني.

## 2- التدليس المصاحب للغرر:

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه يحمله على التعاقد؛ فالتدليس نوع غلط لا يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه بل تحت تأثير الحيل فتصور الأمور على غير حقيقتها بحيث لو تكشف الحقيقة للأول المدلس عليه لما أقدم على التعاقد. وكثيرا ما يعبر متقدمو الفقهاء عن التدليس بالغرر ، على أن منهم من يستعمل عبارة التدليس نفسها، كما هو حال كثير من المالكية.

و التدليس وثيق الصلة بالغلط، فيتشابهان في أنهما معا يسمحان بقابلية العقد للإبطال، وميزة التدليس أنه إذا رافق الغلط مكن من وقع فيه من حق التعويض إضافة إلى حق طلب فسخ العقد.

ويلزم للاعتداد بالتدليس — تبعا لما تقدم — قيام شرطين لازمين:



— أن يكون التدليس مصحوباً بغرر غير مغتفر.

— أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

و يتنوع التدليس إلى ثلاثة أنواع بحسب ما يقع به إلى فعلي وقولي و محض كتمان.

— التدليس الفعلي : وهو كما قال الخطاب " أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً لا يوجد"، أي أنه تغيير الوصف في المعقود عليه ليظهر على غير ما هو عليه؛ ومن أشهر الأمثلة على ذلك التصرية التي تكون بترك الإبل والبقرة والغنم دون حلبها مدة من الزمن حتى ينتفخ ضرعها فيتوهم المشتري أنها عزيزة اللبن.

— التدليس القولي: "هو الكذب الصادر من أحد المتعاقدين أو ممن يتعاقد لحسابه"، ورغم أن الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتحقيق التدليس خاصة إذا كان مما مألوفاً في التعامل ومما يلجأ إليه التجار رواجاً للبضاعة، إلا أن الكذب في أنواع مخصوصة من التعاقدات يعتبر تدليساً قائماً مستوجباً للإبطال والتعويض أيضاً، ومن أشهر الأمثلة القديمة عليه "التجش" المنهي عنه، وهو كذب معتبر في التدليس إذا رافقه غرر كبير، وهو كما يقع من البائع ومساعديه فقد يقع أيضاً من المشتري ومن يساعده في التأمر. ويعتبر الإشهار أوضح الأمثلة المعاصرة للتدليس القولي بحيث يستوجب الكذب على المستهلك فيه الفسخ والتعويض إن طلب.

— التدليس بالكتمان: وهو ما يسميه الفقهاء على التحقيق تدليساً، ويسمى هذا التدليس أيضاً بالتدليس السليبي. وقد توسع في بيانه علماء الجرح والتعديل أكثر من غيرهم، وصورته أن يعتمد أحد العاقدين إلى سكوت يخفي عيباً في المحل. ويثبت بهذا الكتمان للمتضرر من المتعاقدين خيار العيب؛ فله الفسخ أو إمضاء العقد بعوض أو بغير عوض بحسب ما اتفق عليه هو و العاقد الكاتم.

ومما ينبغي التذكير به في هذا الصدد أنه يثبت الخيار للمتعاقد المتضرر في أنواع التدليس الثلاثة، فله أن يفسخ العقد أو بمضيه. ثم إن الاعتداد بالتدليس مشروط بمصاحبة الغرر، بحيث لو تفاحش حتى يصير غشاً استوجب ذلك بطلان العقد لا مجرد حق إبطاله و طلب التعويض، أما إذا كان التدليس عارضاً أو لم يتحقق أنه كان الدافع إلى التعاقد فلا يبقى للمتضرر إلا طلب التعويض فقط.

### 3- الإكراه :

يعرف الإكراه في الفقه على أنه "حمل الغير على ما لا يرضاه"، فهو ضغط من أحد العاقدين أو من أجني على العقد تتولد به رهبة مؤثرة في إرادة العاقد المكره تحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارياً. فالمكره لما أبرم العقد يعتبر مختاراً لأهون الأمرين (إبرام العقد أو تحمل نتيجة التهديد) لكنه غير راضٍ في العقد لعدم رغبته في تحمل الآثار التي يولدها، فالإرادة موجودة لكنها معيبة. وهذا الوصف للإكراه ينصرف إلى الإكراه المفسد للرضا، دون الإكراه المعدم للرضا الذي يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً أصلياً، كما لو أمسك المجرى بيد المكره مرغماً إياه على وضع بصمة أصبعه على العقد، إذ في هذه الحالة لا يمكن القول بوجود الإرادة وبالتالي يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويعتبر عيب الإكراه أوضح عيوب الرضا وأقواها حضوراً عند الفقهاء، بحيث توسعوا في قضاياها توسعاً لا مزيد عليه.

وهو أمر بَدَهي لطبيعته الموضوعية المناسبة لطبيعة نظرية الالتزام الإسلامية. فنجد المذهب الشافعي يشدد في جزاء هذا العيب حتى يجعله مبطلا للعقد ، ثم نرى المذهب الحنفي منطلقا في هذا العيب غير متردد كما رأينا منه في عيب التدليس والغلط، بل إنه يميز الإكراه الواقع في العقود التي تقبل الفسخ من الإكراه الذي يقع في العقود التي لا تقبله ( الزواج ، الطلاق ..) بحيث يصح الاعتداد به في الأولى دون الثانية، لكن إذا تم الاعتداد فإنهم يذهبون فيه إلى أبعد مدى، لذلك نجد أحكامهم مترددة في الإكراه بين حكمي الفساد و التوقف، أما مذهب المالكية فهو أن الإكراه لا يلزم منه العقد، بحيث يبقى متوقفا على إرادة المكره إما الفسخ وإما الإمضاء .

و الإكراه عند الفقهاء نوعان : إكراه ملجئ ( إكراه تام ) و إكراه غير ملجئ ( إكراه ناقص)

- الإكراه الملجئ : وهو مقدر بجسامة الإكراه، بحيث يقاس بمدى الاضطراب فيه لذلك يربط بتلف النفس أو العضو، فهذا يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

و الإكراه الناقص: وهو الذي لا يخاف منه تلف النفس، فيعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

و ثمة التمييز بين الإكراهين أن الأول مؤثر في جميع التصرفات سواء كانت فعلية أم قولية، فيفسد التصرفات الفعلية ويعفي من مسؤولية التصرفات القولية، كما في نطق المسلم المكره بالكفر بين يدي الكافر المكره . أما الإكراه الناقص فغاية ما فيه أنه مؤثر في التصرف دون أن يلغيه.

ويتضح من التمييز أن قيام الإكراه سببا معيبا للإرادة يستلزم توافر ثلاثة شروط، وهي :

- حصول الرهبة في نفس المكره : ولا يشترط في حصولها أن تختص بشخص المتعاقد أو بماله أو بشرفه ، بل قد تتحقق حتى إذا تعدى التهديد إلى إلحاق الأذى بمن تربطه بالعقد رابطة من قرابة أو نسب أو غيرهما.

- تحقق قدرة المكره على إيقاع تهديده: بحيث لو كان مجرد وهم ملازم للمكره لم يعتبر .

- أن يكون الإكراه غير مشروع: و يكون بحصول المكره على ما لا حق له فيه، وقد يكون مرفوقا بوسائل هي أيضا غير مشروعة ؛ كمن يهدد آخر بالتشهير به إن لم يدفع له مبلغا من المال وقد تكون وسيلة الإكراه مشروعة، كدائن يهدد مدينه بالتنفيذ من طريق الحجز على أمواله إن لم يتعهد بدفع مبلغ آخر لاحق للدائن فيه.

وتجدر الإشارة بصدد شرعية الإكراه أن نميز بين الإكراه المشروع في ذاته و بين أعمال وسيلة غير مشروعة لتحقيق الغرض منه؛ ونثير هنا مسألتين :

- حكم إكراه الغير لاستخلاص حق مشروع: الأصل أن ما قدر المرء على استخلاصه من غير حكم الحاكم جاز، لكن أن يتعسف المستحق في استعمال حقه بحيث يقوم بعمل الشرط والقاضي فهذا مما أجمع الفقهاء على النهي عنه. لأن الغاية في الفقه الإسلامي لا تبرر أبدا الوسيلة.

- حكم الإكراه في الإقرار : الإقرار تصرف بالإرادة المنفردة، وليس عقدا . لكن قد يرتبط به حق الغير، لذلك أثبت كثيرا مسألة حكم انتزاع الإقرار. و مرة أخرى ذهب جل الفقهاء إلى بطلان الإقرار الحاصل بالإكراه- إلا ما وقع من إجازته من بعض المالكية- ، ومن أمثلته الواضحة بطلان شهادة الاستغفال و هي التي يتربص فيها العدول بالمقر يتلفون شهادته دون

علمه بوجودهم. وهو حكم مؤسس مرة أخرى على قاعدة صلة الوسائل بالمقاصد في أصول الفقه الإسلامي وفروعه.

و على العموم فالجزاء المترتب على الإكراه أنه كلما توافرت شروطه الآتية إلا اعتبر عيباً في الرضا، فيصير العقد قابلاً للإبطال من المكره . أما إذا كان الإكراه غير مشروع أصلاً لا في موضوعه ولا وسيلته، فإنه يكون حينذاك مستوجبا للفسخ و التعويض معا.

إن المحل ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد ، ويُخالف في هذه المسألة الدكتور السنهاوري الذي يجعله ركناً في الالتزام دون العقد، وهي كبوة لا ندرى سببها ، وربما أثر في ذلك عدم وضوح التمييز المتقدم عنده بين الحقوق الشخصية و الحقوق العينية في الفقه الإسلامي، وهو ما سعى رحمه الله جاهداً لإثباته من غير دليل. وثمرة ذلك الخلط أن الالتزام في الفقه الإسلامي ليس مجرد مال متقوم لنقول إن محل الالتزام هو دائماً دين يتعهد به المدين. فهذا التفصيل في القانون لا مستند له في الفقه.

ودليل ذلك أننا وقفنا ملياً عند كون العقد في الفقه الإسلامي يتجاوز مجرد حصول الاتفاق إلى مرحلة متقدمة، وهي ظهور أثره في المحل. بمعنى أن المعقود عليه في فقها يضيّق عن أن يكون معقوداً عليه ( مبيع و ثمن ) فحسب، بل إنه يكون أوسع من ذلك ليكون سبباً للعقد<sup>1</sup>.

ولقد سيطرت فكرة على كثير من القانونيين - بل قد سيطرت على عدد غير قليل من المهتمين بالفقه الإسلامي - مفادها أن هذا الفقه الإسلامي متشدد في اعتبار المحل، تشدداً أوقفه عن مسايرة التطورات المعاصرة، وأن سبب ذلك راجع إلى الشروط التي يشترطها فيه باعتباره ركناً. فبعضها مرتبط بلزوم وجود المحل مرافقاً للعاقدين، وبعضها مرتبط بسعة مفهوم المشروعية وتضييقه لسلطان الإرادة. لذلك لزم دراسة هذا الركن على وجه الاختصار وفق الشروط المطلوبة في المحل عند الفقهاء، ثم نشر في فقرتين إلى ما يربط المحل بحدود الاشتراط و بنظرية السبب.

### 1 - شروط المحل

يجب أن تتوافر في محل الالتزام جملة شروط، على أن خلطاً كبيراً يقع في المسألة؛ فنجد من يجعلها ثلاثة ومنهم من يدمج بعضها في بعض، لكن الاستقراء واستقراره يظهر أنها أربعة شروط لازمة في المحل، هي :

- أن يكون موجوداً
- أن يكون ممكناً .
- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين .
- أن يكون صالحاً للتعامل فيه ، أي أن يكون مشروعاً .
- أ - أن يكون المحل موجوداً<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> تغني الدراسة المتأنية للمحل وشروطه عن الحرج الباحث عن نظرية السبب في الفقه الإسلامي على غرار القانون اللاتيني، وستأتي الإشارة إلى ذلك في محله

هو الشرط الذي نال مجمل اهتمام الفقهاء، وعليه يعتمد من يقول بضيق ركن المحل في الفقه الإسلامي عن مواكبة التطورات، على اعتبار أن عدم وجود المحل وجودا فعليا عند التعاقد يبطل العقد، لدخول هذه الحالة في أحكام بيع المعلوم المنهي عنها، لحديث حكيم بن حزام (لَا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)<sup>1</sup>.

لكن هذا الحكم على موقف الفقه الإسلامي فيه كثير من التسرع، فثبوت النهي عن بيع المعلوم لم يمنع من ثبوت كثير من الأدلة الشرعية على جواز التعاقد في غياب المحل حين العقد أجلاها جواز بيع السلم<sup>2</sup> وهو البيع المعجل الثمن المؤخر التسليم، و الثابت بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُؤَسِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَ وَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)<sup>3</sup>، وليس مجرد رخصة واستثناء لا يقاس عليه، كما يفهم من عبارات الفقهاء من غير دليل. لكن أليس في الأمر تناقض؟

لا تناقض في الفقه الإسلامي بين جواز بيع السلم وبين النهي عن بيع المعلوم، لأن النهي ليس لعللة العدم نفسها بل لتحقيق الجهالة والغرر؛ فكلما أمن الغرر والجهالة جاز غياب المحل، بدليل البيان النبوي المتقدم "من أسلف في شيء فليسلف في وزن معلوم وكيل معلوم" وضوح الأدلة في النهي عن بيع الغرر. ولتوضيح هذا المنحى نذكر الحالات التي تعتري المحل غيابا وتنوع الحكم فيها بحسب علة الجهالة والغرر وجودا وعدما.

وهكذا، فإن هناك حالتان خارجتان عن موضع الغموض؛ وهما:

- حالة وجود المحل كاملا وقت التعاقد: فهذا عقد صحيح اتفاقا

- حالة انعدام المحل انعداما كليا في الحال والاستقبال. فهذا عقد باطل بلا جدال أيضا.

لتبقى ثلاث حالات يلزم التوقف عندها:

- المحل غير موجود وقت العقد لكنه محقق الوجود مستقبلا: وهي التي يمثلها بيع السلم و عقد الاستصناع بامتياز، بحيث صح التعاقد فيهما رغم انعدام المحل وقت التعاقد، مادام عيب الغرر قد أُن. و لا يستثنى من ذلك إلا عدم جواز هبة المال المستقبل و التعامل في التركة المستقبلية .

- المحل موجود في أصله وقت العقد لكنه يكتمل استقبالا: الأصل أن الشيء غير التام مظنة للغرر والجهالة،

<sup>1</sup> أخرجه الخمسة من حديث حكيم بن حزام ( أحمد ، وأبو داود ، والترمذي وصححه، والنسائي في الكبرى، وابن ماجه . وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ،رقمه فيه :1292. و الإشكال في حديث حكيم قديم حتى قال البعض بأنه موقف خاصة بما عارضه من واقعة تجددت له مع عمر رضي الله عن الجميع،

<sup>2</sup> السلم لغة: التقديم و التسليم أما في الاصطلاح فهو السلف وشراء الأجل بالعاجل أي تعجيل الثمن و تأخير تسليم المبيع إلى وقت لاحق يتفق عليه، مع تعيين محل

التسليم. فهو يفترض وجود مبلغ من المال. مقدم حالا في شكل قرض. مقابل بضاعة تسلم في المستقبل، وليس الخلاف بين الفقهاء في جوازه .. وإنما محل الجدل

الفقهي فيه اعتقاد كثير من الفقهاء أنه أجيز استثناء من بيع الغرر (الحطاب، مواهب الجليل: 514/4. الزيلعي، تبیین الحقائق: 110/4). سيما من جهة بيع ما ليس تحت

اليدي، فضلا عن شبهة الربا التي يتضمنها إذا كان دائرا على الأموال الربوية، مع أن الأدلة تدل على أنه شرع ابتداء، فما دعوى الاستثناء التي تمسكوا بها إلا أنه جاء

على خلاف القياس الذي عهدوه. (انظر: الأم للشافعي: 189/5، المغني: 457/2 - المبسوط: 124/6. بداية المجتهد: 201-202).

<sup>3</sup> أخرجه البخاري عن ابن عباس، في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم الحديث: 2126

لذلك صرح الفقهاء بطلان بيع المضامين و الملاقيح وحبل الحبلية، ومنه ما منعوا من بيع الزروع والثمار قبل ظهورها لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَّعَ اللَّهُ الثَّمَرَ بِمَ يَسْتَحِقُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟)<sup>1</sup> . لكن بالمقابل أقر جمهور الفقهاء جواز بيع الزرع أو الثمر بعد الظهور وقبل بدو الصلاح فإن كان الثمر أو الزرع بحال ينتفع بهما فيجوز البيع بشرط القطع في الحال اتفاقاً لعدم الغرر في ذلك ، ولا يجوز بغير شرط القطع عند جمهور الفقهاء، وإن كان لفقهاء المالكية رأي متقدم في المسألة لما أجازوا بيع ما لم يظهر من الزرع إذا اختلط بما ظهر تغليبا.

- المحل غير موجود وقت العقد لكنه محتمل الوجود استقبالا: و أكبر أمثلته بيع اللبن في الضرع وبيع الحمل، فهذه بيوع الغرر فيها واضح و انطباق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَّعَ اللَّهُ الثَّمَرَ بِمَ يَسْتَحِقُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟) عليها جلي ، لذلك فدخل عامل الجهالة مانع من الانعقاد .

فيتضح من الحالات المدروسة بعجالة أن فيها ردا شافيا كافيا على أن الاعتبار في الفقه الاسلامي هو للخلو من الغرر والجهالة، وليس لمجرد حضور المحل أو عدمه. و بذلك ينهدم كل ما قيل عن ضيق ركن المحل من جهة شرط الوجود.

### ب - المحل ممكن

المقصود به أن يكون المحل مقدور التسليم من غير ضرر يغيره.

ومعنى قدرة التسليم : هو أن المحل إذا كان معجوز التسليم لا ينعقد العقد وإن كان مملوكاً . وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء في عقود المعاوضة، أما في عقود التبرع فقد أجاز فيها المالكية التعاقد ولو كان المحل غير مقدور التسليم حين العقد، كهبة الحيوان الشارد، كما أجاز الشافعية الوصية فيما يعجز عن تسليمه .

و يفهم من ذلك أن الإمكان مرتبط بالاستحالة التي تمنع قيام العقد، وهذه الاستحالة تنوع إلى :

- استحالة مطلقة وهي الحالة التي لا يستطيع فيها أحد التسليم، بحيث إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت الإبرام عدُّ العقد باطلاً

- استحالة نسبية والتي لا يكون فيها الالتزام مستحيلاً في ذاته بل يكون مستحيلاً للعاقد دون الأجنبي على العقد، فهذه لا تلغي العقد لأن الالتزام من العاقد ممكن بتكليف الغير .

أما معنى التسليم من غير ضرر فهي من شروط المحل حين العقد، وهو شرط يظهر منه أن الفقه الاسلامي لم يكتف بمجرد التسليم ، بل ألزم أن يبقى المحل المسلم من غير تغيير، بحيث لو وقع تغيير فيه كان ذلك مدعاة لفساد العقد وطلب الإبطال.

### ج - المحل معين أو قابل للتعين.

مفاد الشرط أن يكون المحل معلوماً ومعروفاً للعاقدين، بحيث إذا لم يعين كان العقد باطلاً لتطرق الجهالة إليه والتي عنها ينشأ النزاع والضرر. فلا يجوز مثلاً بيع شاة من غير تعيين في القطيع، ولا انعقاد بيع العقار بقول البائع بعثك إحدى الدور التي أملكها بمدينة كذا بثمان محدد. ولقد اتفق الفقهاء على وجوب تحديد المحل في عقود المعاوضة، أما عقود التبرع : فقد اختلف الفقهاء في جواز جهالة المحل من عدمه؛ ففي عقد الهبة - مثلاً- أجاز المالكية هبة المجهول والمشاع، بينما اشترط

<sup>1</sup> أخرجه البخاري من حديث أنس بن مالك، في كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.. رقم الحديث: 2087

جمهور الفقهاء التعيين و العلم في الموهوب .

ويحصل العلم بمحل العقد بكل ما يميزه حين التعاقد من رؤية كاملة أو ناقصة ، أو بوصف كاشف أو مشير فقط..

ولم يشترط الفقهاء تحقق التعيين بل اكتفوا بقابلية المحل للتعيين، لكنهم توقفوا عند تمييز تعيين النقود من تعيين الأعمال

- تعيين النقود : و شرطه أن يكون مالا مملوكا و متقوماً بالمعارف من نقد البلد، أما إذا اختلفت العملة رواجاً

وكسادا اعتبر ذلك جهالة استوجبت فساد العقد، وهذه مسائل توسع فيها الفقهاء في أبواب الصرف .

- تعيين العمل : فهذا يعين بحسب طبيعة العمل ؛ فقد يحتاج إلى تحديد المكان و المدة كما في الإجارة ، وقد يحتاج إلى

تعيين غير ما ذكر كشروط مخصوصة ودقيقة كما في عقد الاستصناع ، لكن يبقى المهم في تعيين المحل الذي يكون عملا أن

يحدد العاقدان المحل تحديداً نافياً للجهالة.

#### د- محل الالتزام صالح للتعامل.

سبق أن تعرضنا لهذا الشرط عَرَضاً في حرية التعاقد في الفقه الإسلامي ومدى حده من سلطان الإرادة.

ومعنى صلاحية المحل للتعامل أكبر من مجرد قابليته للتعامل؛ فالقابلية تتعلق بعين المحل كأن يكون طاهراً في ذاته فلا

يجوز أن يكون محل العقد حمراً أو خنزيراً أو غيرها من الأشياء النجسة ، و أن يكون مملوكاً لأحد العاقدين فلا يقع بيع

الطير في الهواء مثلاً ، و أن يكون مما ينتفع به شرعاً فلا يصح بيع الذباب ونحوه مما لا نفع فيه .

أما صلاحية التعامل فهي تتعدى المحل إلى صلته بنظام التشريع المطبق. وهي المسألة التي تسمى في القانون بالصلة

بالنظام العام موافقة ومخالفة.

وإذا كانت فكرة النظام العام فكرة فضفاضة في القانون لم يقع تعريفها تعريفاً محدداً؛ إذ غالباً ما يقال فيها أنها الثوابت

التي يقوم عليها مجتمع ما والتي لا يجوز مخالفتها. فإن مقابلها أكثر وضوحاً في الفقه الإسلامي باشتراط موافقة المحل للشرع

حتى يصلح للتعامل . وسبب الوضوح كامن في التمييز المتقدم بين حق الشرع - يعبر عنه أحياناً بحق الله تعالى - و حق العباد

؛ فكلما تعلق المحل بحق الشرع إلا امتنع التعامل فيه بما يفوت ذلك الحق؛ فلا يجوز للأفراد التنازل عنه ولا الإبراء منه ولا

الاتفاق على ما يخالف المقاصد منه؛ فحفظ الأنساب - مثلاً - يعتبر حقاً للشرع و هو الأساس الذي منع التبيي أن يكون

محلاً صالحاً للتعاقد، و كذلك حفظ النفس الذي لا يجوز التعامل فيها بما يفوت عضواً لأنها ليست مملوكة للشخص ملكاً

تاماً، وكذلك حفظ الأموال من التعامل الباطل كعقود الضرر والربا .. .

فواضح إذن أن هذا الحق واسع جداً في الاعتبار، بحيث إن كثيراً مما يعتبر عند بعض الأنظمة حقوقاً شخصية ليس

كذلك في الفقه الإسلامي، والسبب أن حق الشرع ليس إلا " حفظاً وصيانة لما تتحقق به مصلحة عامة للمسلمين". وينبغي

على ذلك النهي عن صورية التعاقدات و عموم التحايل (كزواج المحلل) لتعلق المحل بحق الشرع .

#### 2- الصلة بين سبب العقد ومحل العقد

يحرص بعض الكاتبين على جعل سبب العقد ركناً إضافياً فيه ، بدعوى أن السبب يختلف عن المحل ، و أن المحل هو

موضوع الالتزام فقط بينما السبب هو ما ينظر إليه المتعاقد من وراء العقد أو هو المصلحة و الغرض الذي يقصد الوصول إليه

عن طريق العقد . لذلك يعرف السبب على أنه " هو الباعث أو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد "

و هذا تفريع من دون جدوى، وتميز بلا ثمة عملية في الفقه الإسلامي ؛ خصوصا وأن السمة الموضوعية للفقه الإسلامي تجم البحث في نظرية السبب بمعناها الغربي، لأن نظرية السبب بحث ذو نزعة ذاتية من غير شك، و هو ما يعترف به من يتمسك بها لاعترافه بصعوبة الكشف عنها في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

ثم إنه يكفي ما قيل في الشرط الرابع من شروط المحل غنى عن نظرية السبب، عدا أن التوجه العام عند الفقهاء هو اعتبار السبب من مشمولات التعبير عن الإرادة، وهذا جلي واضح عند الحنفية والشافعية، أما المالكية فقد يخلط البعض فيظن أنهم يعتدون بالسبب و أنهم في هذه المسألة يخرجون عن السمة الموضوعية. والتحقيق أن اعتبار المال وسد الذرائع هو ما يطبقه المالكية في الحالة لا نظرية السبب؛ لأن هذه الأخيرة حديث عن البواعث، واهتمام فقهاء المالكية ومن هذا حذوهم إنما كان بالنتائج والمآلات. فالبون شاسع إذن؛ لأن كثيرا من البواعث قد تظهر سليمة في منشئها لكن مآلها مهدد لمصلحة الغير فتلغى لذلك الاعتبار، ثم إنهم يميزون في هذا الاعتبار بين صحة العقد في ذاته وبين مآله، وهو أمر على نقيض الأساس الذي بنيت عليه نظرية السبب . ولعل خير مثال على ذلك لما منعوا بيع العنب لمن يعصره خمرا خلافا للحنفية والشافعية، فهذا اعتبار للمال لا صلة له بذات العقد الأصلي، أما مثال زواج المحلل فهذا شاهد على ما قلنا من أن مباحث المحل و كشف الإرادة الظاهرة كشفا تاما تغني عن التوسع في نظرية السبب التي أثارها الدكتور السنهوري في مصادر الحق وتبعه كثيرون.

#### الاشتراط و صلته بالصلاحيية:

ارتباطا بفكرة حق الشرع - النظام العام في القانون -، واستغناء عن نظرية السبب، تبدو الإشارة إلى مواقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد مهمة ولازمة. والمقصود بتلك الشروط هي ما يشترطه العاقدان أو أحدهما لتحقيق بعض المصالح الخاصة مما لم يرد به نص في الشرع.

و لا خلاف بين الفقهاء في أن الشروط ثلاثة :

- شرط يقتضيه العقد: كاشتراط البائع على المشتري أن يتصرف في المبيع، و اشتراط الزوجة النفقة، فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء، لأن العقد أصلا يقتضيها. و قد اتفق الفقهاء أيضا على جواز الشروط التكميلية التحسينية للعقود، لأنها من جنسها، وتؤكد مضمونها، كاشتراط المشتري على البائع أن يكون المبيع من النوع الممتاز و نحو ذلك.

- شرط يناقض العقد: خلاف بين الفقهاء أيضا في بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، كاشتراط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع أو اشتراط الزوجة على الزوج أن لا يعاشرها، لأن هذه الشروط تنافي الحكمة من مشروعية هذه العقود؛ مادام ما ثبت بالشرع لا يجوز الاتفاق على خلافه ومنافاته فيقدم لذلك على ما ثبت بالشرع، لأنه في حكم من ناقض إرادة الشارع فاقتضى البطلان.

- شرط لا يقتضيه العقد ولا ينفيه: وهذا النوع موطن اختلاف الفقهاء. يسميه الفقهاء "الشروط الجعلية" وتسمى في القانون بالشروط الإرادية. وسبب الخلاف عائد إلى خفاء الضابط المميز للشروط المشروعة من الشروط غير المشروعة، لذلك منع منها الظاهرية مطلقا بعللة أن الشرع لم ينص عليها تحديدا ولم يستثنوا إلا ما ورد به النص كاشتراط الرهن في بيع

<sup>1</sup> انظر مصادر الحق للسنهوري: ج 4 / 51.



الأجل، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾<sup>1</sup> ، و يقترب رأي الشافعية والحنفية من موقف الظاهرية في أصالة المنع إلا أنهم زادوا صورا أخرى لاعتمادهم القياس والتعليل، و أما الحنابلة فتوسع رأيهم فيها توسعا كبيرا بحيث أباحوا كل شرط لا يناقض حق الشرع، بينما وقف المالكية فيها وسطا بين الاثنين توفيقا بين مقاصد الشارع و مقاصد المكلفين. فجعلوا مقدار الغرر عيارا الاعتبار لمنافاة الشرط لمقتضى العقد ؛ بحيث إذا كان كبيرا بطل العقد والشرط معا، وإن كان يسيرا أجازوه، وإن كان متوسطا أجازوا العقد وأبطلوا الشرط وحده. ويتضح من هذه الإشارة إلى شروط العقد<sup>2</sup> أن فيها تعصيذا قويا لكفاية المحل وقيام شروطه عن افتراض نظرية السبب.

<sup>1</sup> سورة البقرة، آية 283

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن أغلب المهتمين بنظرية العقد يعرضون للشروط مستقلة عن محل العقد، وقد ارتأينا أن نشير إليها هنا قصدا ، لبيان كفاية المحل عن نظرية السبب، وللحاجة

## آثار العقد

قبل الإشارة إلى آثار العقد ، يلزم التنبيه إلى أن المقصود بها آثار **العقد الصحيح** دون غيره، وهو ما استوفى أركان \_\_\_\_\_ انه وشروطه وكان سليم الأوصاف، أما غير الصحيح الذي لم يستوفها لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في المحل أو في الأوصاف اللازمة، فلا يخلو أن يكون باطلاً أو فاسداً.

ولئن كان العقد الفاسد و العقد الباطل عند جمهور الفقهاء شيئاً واحداً و أنه ما يقابل الصحيح و يناقضه ، إلا أن التشريعات المستمدة من الفقه الإسلامي تميل إلى التمسك بتقسيم الحنفية العقدَ غير الصحيح إلى عقد باطل و عقد الفاسد.

و على تقسيم الحنفية فالباطل ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه لاختلال ركن والباطل أو أكثر، فهذا لا ينتج أي اثر لأنه في حكم العدم

أما العقد الفاسد فما كان مشروعاً بأصله دون وصفه لاختلال شرط من شروطه اللازمة ، لذلك كان وسطا بين الصحيح والباطل، لأنه يمكن تصحيحه بإزالة الوصف الفاسد، فمتى تحقق ذلك رتب آثارا كما كالعقد الصحيح. وعموما، فإن هذه الإشارة ضرورية قبل التعرض لآثار العقد الصحيح التي تتنوع بحسب ما إذا تعلق ذلك الأثر بالعاقدين ومن في حكمهما أو تعلق بمحل العقد.أو ما يسمى بالآثار من جهة الموضوع

1. آثار العقد الصحيح الموضوعية

تترتب على العقد الصحيح جملة آثار شرعية، اتفق العلماء عليها إجمالاً ، واختلفوا في بعض تفاصيلها من هذه الآثار:

### - الحق في توضيح العقد:

أول آثار العقد حق العاقدين في وضوح مضامينه، بحيث إذا اعترته عبارات غامضة خيف منها أن لا تكون مترجمة لإرادة العاقدين أو لأحدهما كان من حق المتضرر التماس تفسير العقد.

والتفسير عملية منوطة بالقاضي أو الحكم - الوسيط بعبارة العصر - طلبا للإرادة الظاهرة المشتركة للمتعاقدين، ولا يلزمه التقيد بالمعاني الحرفية للألفاظ، لجلاء القاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، وما تحتها من قواعد فرعية من قبيل: " الأصل في الكلام الحقيقة " و قاعدة " لا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على المعنى الحقيقي" وأيضا قاعدة" التأويل لا يتوسع فيه" و كذلك "والشك يفسر دائما لصالح الطرف الضعيف. وليس للقاضي أن يكتفي بهذه القواعد الأصولية بل له أن تعتمد غيرها من عرف التجار وغيرهم

-انتقال المحل : وهو ما يعبر عنه تعريف العقد بظهور الأثر في المحل، وهذا التغيير مقرون بعموم التسليم سواء كان

عوضاً - مالا أو عملاً - أو كان تبرعاً . فانتقال المحل أثر تلقائي باتفاق الفقهاء، ولم يؤثر في ذلك الاتفاق اختلافهم الطفيف في العقد الذي فيه خيار؛ والذي ذهب فيه الحنابلة و غالب الشافعية إلى أن انتقال ملكية العوضين يقع بمجرد العقد، بينما ذهب المالكية والحنفية إلى توقف الانتقال الملك على انتهاء مدة الخيار .

## - حق التصرف:

و هذا الأصل مؤسس على الذي قبله؛ لأن انتقال المحل وتغيره يستلزم حلّ التصرف فيه لمن آل إليه، وليس من ذلك إلا أن يعرض للمتصرف عارض شرعي يعيبه كأن يكون محجوراً عليه مثلاً ، أما بقية شروط التصرف فقد مرت بنا في شروط المحل، خاصة شرط إمكان التسليم من غير ضرر، لأن المحل قبل التسليم في ضمان البائع. ومن تمام التصرف في المحل أن يمكن تفويته للغير شريطة التسلم والقبض، وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء في كل محل، إلا ما كان من استثناء الحنفية للعقار الذي أجازوا بيعه قبل القبض.

## - نشوء الالتزام:

مفاد هذا الأثر أن قيام العقد مرتبط بقيام التزامات متبادلة بين العاقدين، نبين منها ما يلي:

- العقد ينشأ شريعة: إن مما ينشأ أثراً للعقد القاعدة المشهورة "العقد شريعة المتعاقدين"، بمعنى أن بالانعقاد يقوم تشريع خاص بين العاقدين - عدا ما اشرنا إليه من وجوب موافقته لحق الشرع الحنيف-. وهذا التشريع الخاص لا يلزمها وحدها، بل يلزم حتى القاضي أو الحكم الذي قد يتدخل لفض المنازعة بين العاقدين. ومقتضى ذلك التشريع الخاص أنه فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد أو بتعديله، مادام نتاج توافق إرادتين بتطابق إيجاب وقبول واضحين.

## - قيام المسؤولية العقدية:

لا حديث عن المسؤولية العقدية إلا إذا كان العقد صحيحاً ممكن التنفيذ ثم نكص أحد طرفيه عن تنفيذ التزاماته فيه، و الأثر المقصود فيها هو أن عدم قيام الملتزم في العقد بتنفيذ التزاماته يخول العاقد الآخر المطالبة بتنفيذه جبراً من طريق القضاء، لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتقدمة.

ولتحقق المسؤولية العقدية لابد لها من أركان تقوم عليها : حصول الخطأ - تحقق الضرر - وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

. حصول الخطأ : ويقصد به عموم الإخلال بالالتزام في العقد ، سواء كان سبب ذلك الإخلال العمد أم الإهمال، و يعتبر من مشمولات الخطأ أيضاً أن يرفض العاقد تسليم المحل للعاقد الثاني مثلاً

. تحقق الضرر: لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أين يحصل الخطأ من عاقد، بل لابد أن يقابله ضرر محقق أو في حكم المحقق يصيب العاقد الثاني، ويشترط في هذا الضرر أن يكون نتيجة العقد ومرتبطة بالمحل المتعاقد عليه لا خارجاً عنهما.

.وجود علاقة السببية : وهي أن يكون تحقق الضرر نتيجة خطأ حاصل من أحد العاقدين، بحيث إذا لم تثبت الصلة بين ضرر و خطأ ما -و لو تعلق الأمر بذات العقد- لم تنشأ المسؤولية العقدية<sup>1</sup>، لأنها حينذاك تعتبر راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للعاقد فيه، كما لو كان الخطأ من فعل الغير أو في حالة القوة القاهرة أو الظرف الطارئ.

## - تحقق الإلزام:

<sup>1</sup> علاقة السببية هذه صارت متجاوزة في تطور القانون الإداري، إذ لم يعد يشترطها لقيام دعوى التعويض.

وهو أثر للمسؤولية العقدية، ومعناه أن يجبر المتسبب في الخطأ على تنفيذ التزامه كما كان متفقاً عليه ابتداءً، وإذا تعذر ذلك التنفيذ تم اللجوء إلى التعويض، والغالب أن يكون الوسيلة التي يتم بها التنفيذ لدرجة أنه صار عنوان المسؤولية العقدية. على أن هذا التعويض قد يكون اتفاقاً بين العاقدین بالتراضي أو يثبت فيه القاضي حكماً.

## 2 : آثار العقد الصحيح من جهة الأشخاص

الأصل أن القاعدة في العقود أن لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها، فكلما نشأ العقد صحيحاً رتب ضرورة آثاراً على عاقدته، لكن ذلك الأثر قد يتعداهما بالانصراف إلى خلفائهما، والخلف قد يكون خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً

- **الخلف العام** : وهو من يخلف العاقد في كامل ذمته المالية أو في بعض منها إذا كانت مجموع مال، كالوارث الذي يخلف المورث في تركته أو الموصي له بمقدار الثلث من التركة إلا إن يميزها الورثة. ومن أمثلة الخلف العام أيضاً أن يخلف أفراد قبيلة أسلافهم في انتفاع دائم بعقار باعتباره مجموع مال على وجه الشيوخ.

وانتقال أثر التعاقد إلى الخلف العام ليس دائماً مطرداً؛ فقد تكون طبيعة المحل لا تسمح بذلك كما في حق الانتفاع الذي ينقضي حتماً بموت المؤجر - نقصد عقود الإجارة لا عقد الكراء - وكذا في عقد الشركة، أو قد يتفق العاقدان اتفاقاً إرادياً على عدم انتقال أثر العقد إلى الخلف العام ..

- **الخلف الخاص** : الخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه حقاً معيناً يرد على الشيء سواء كان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً، بمعنى أن هذا الخلف ناشئ من ذات المحل؛ بمعنى أنه لا يخلفه في جميع ذمته المالية، بل في ما حدد منها، فالعاقد الذي يسلم المحل للعاقد الثاني يكون سلفاً له فيما سلم ويكون المسلم خلفاً خاصاً له فيه، والمتنفع بالشفعة في عقار مثلاً هو خلف خاص للبائع الذي كان شريكاً، فالمتنفع بالعين كالمكثري - مثلاً - هو خلف خاص للمتفع السابق الذي نقل له المنفعة تولية لكنه ليس خلفاً للمالك الحقيقي أي للمكثري، كما لا يكون المرتهن خلفاً للراهن بل هو دائن له وهكذا...

و تجدر الإشارة إلى أن انتقال الأثر إلى الخلف العام و الخاص قد يقعان بوسيلة واحدة، فإذا كان الخلف العام هو من تؤول إليه جميع الذمة غالباً بالإرث أو الوصية، فإن الخلف الخاص لا يكون أبداً بالإرث وقد يكون بالوصية لأنها نقل بعض الذمة المالية. والفرق بين الوصية في الخلف العام أنها تكون مجموع مال وإن كانت في حدود الثلث فقط، فيكون من عقار ومنقول وغيرها. أما الوصية في الخلف الخاص إنما هي وصية بعين محددة كدار مثلاً أو بعضاً منها.

## انقضاء العقد

الأصل أن ينتهي العقد بوفاء كل عاقد بشقه من الالتزام سواء كان وفاء في الحال كما في التقابض أو بانتهاء المدة المحددة فيه. لكن قد ينتهي العقد أيضا بالزوال أي قبل تحقيق المقصود منه، وهو زوال لا يخلو أن يكون إما باختيار العاقدين معا (الإقالة) أو باختيار أحدهما (الفسخ)، و إما أن يكون اضطرابا بأمر خارج عن إرادتهما بسبب منفاة لحق الشرع أو لسبب مانع في الحل و طارئ في العاقدين (الانفساخ).

### 1 - انقضاء العقد بالوفاء:

وهو انقضاء يتنوع - بحسب أحوال - الحل إلى انقضاء بتنفيذ الالتزامات المتبادلة، أو بانقضاء المدة المعينة أو العمل المعين:

#### أ- انقضاء بتنفيذ الالتزامات المتبادلة:

ينقضي العقد وفاء حينما يبلغ مقصده ويدرك غايته في مجلس العقد ذاته، بحيث ينفذ كل طرف التزامه تجاه الطرف الآخر بحضور الحل وتغير وضعه، كما في عقد البيع الذي يعتبر فيه تبادل العوضين ( الثمن و المبيع) من غير ضرر، تحقيقا كاملا و انقضاء تلقائيا للعقد. لأنه قد بلغ نهايته بتغير الحل وانتقال ملكيته إلى العاقد الآخر، وفقاً لما يوجبه التعامل بحسن النية وما اشترط من أجل غير معطل لمقاصده.

#### ب- انتهاء المدة المعينة أو العمل المعين :

قد لا تسمح طبيعة بعض العقود أن تنتهي الالتزامات الناشئة فيها في مجلس العقد؛ فقد تمتد لثربط بمدة تطول أو تقصر حتى يحصل المقصود من التعاقد؛ وقد يكون ذلك باتفاق بين العاقدين و قد يكون أيضا بسبب في الحل، وغالب ما يقع ذلك في العقود التي يكون فيها التزام أحد طرفيه هو القيام بعمل أو الامتناع عنه، كما لو تعلق الأمر بعقد الإجارة المقيدة المدة أو ببعض أنواع الشركات كشركة الأبدان المحددة المدة بدورها، أو بالالتزام بعدم استعمال حق فكري- شريط مسموع أو مرئي - مدة من الزمن معينة دون إذن من صاحبه، أو أن تتفق مثلا شركة للبترول مع دولة من دول العالم الفقير على أن تتحمل نتائج التنقيب ومصاريف التجهيز شريطة الاستغلال مدة عشرين سنة..

### 2 - انقضاء العقد بالزوال :

إذا كان انقضاء العقد في حالة الوفاء قد تحقق بوجود العقد و بتمام الالتزامات التي أنشأها تنفيذا وتغيرا في الحل، فإن انقضاء العقد بالزوال لا ينصرف إلا إلى شيء واحد : ألا و هو الانقضاء دون بلوغ غايته ومقصده.

وأسباب الزوال متعددة - كما أشرنا - ، لذلك تنقسم منهجيا إلى أسباب اختيارية و إلى أخرى اضطرابية:

#### 1 - 2 زوال العقد بالاختيار :

الزوال بالاختيار يقصد به اختيار العاقدين دون غيرهما، لأكما منشأه وعليهما تترتب آثاره، على أن هذا الاختيار إما أن يكون باختيار العاقدين فيسمى إقالة وإما باختيار واحد منها فيسمى فسخا.

## أ- الفسخ :

الفسخ "حل رابطة العقد ورفع حكمه بالإرادة" ، و هو لا يقع إلا في العقود الملزمة للجانبين لتوقف تحققه على شروط واجبة في العاقدین معا، لأن طلب الفسخ يلزم طالبه ببيان تنفيذ شقه من الالتزام أو على الأقل إثبات عزمه على ذلك وإلا لم يجز ، لذلك اشترط الفقهاء لتحقيق الفسخ :

- أن يكون العقد ملزماً للعاقدین معا.

- أن يكون سبب تخلف أحد العاقدین عن تنفيذ التزامه إرادياً، و ليس راجعاً لسبب أجنبي أو قوة قاهرة مانعة.

- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو كان مستعداً لذلك على الأقل ، وإلا اعتبر مساوياً الآخر في نكوصه

- أنواع الفسخ:

يتنوع الفسخ إلى قضائي و اتفاقي؛ و الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً أي بحكم القاضي وإن كان متعلقاً بإرادة أحد الطرفين، و سبب ذلك تلك الشروط التي مرت بنا و التي لا بد للقاضي أن يتحقق من وجودها حتى يقوم حق الفسخ ، وكذلك تريثاً من أن يكون مطلب الفسخ مؤسساً على إخلال غير جسيم أو لعدم ثبوت قيام طالب الفسخ بإنذار العاقد الثاني ليفي بشقه من الالتزام.

لكن قد يكون الفسخ اتفاقياً أيضاً، وذلك في الحالة التي يتفق فيها العاقدان ابتداءً على اشتراط الفسخ إذا أحل أحدهما بتنفيذ التزاماته، بحيث يصير العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته و دون اللجوء إلى القضاء . وهذا الاتفاق من الشروط الصريحة عند الفقهاء و التي لا تتنافى مع العقد .

## - آثار فسخ العقد :

يتحقق بالفسخ زوال العقد و إرجاع العاقدین إلا الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، على اعتبار الفسخ يجعل العقد كأنه لم يكن ، و سواء في ذلك أن يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً . وهو ما يعبر عنه بالزوال بأثر رجعي من وقت الإبرام، بحيث يقتضي أن يردّ كل عاقد ما تسلمه بموجب العقد إذا تعلق الأمر بالعقود الفورية أو بتلك التي لا تملك بعموم التقابض. وإذا لم يمكن ذلك فبالتعويض في حق من استحال عليه الإرجاع بسبب الهلاك أو لطبيعة العقد، كما لو تعلق بشروع في عمل قطعت فيه مراحل من الإنجاز.

وإذا كان الفسخ مستوجبا لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإبرام، و ترتب عليه أن يكون العقد في حكم ما لم يوجد أصلاً، فإن ذلك لا يمحو آثار العقد بين العاقدین فقط، بل يتعداهما إلى محوها في حق الغير الأجنبي عن العقد. مثال ذلك من اشترى شيئاً فقام برهنه ثم تبين أن عقد الشراء الأصلي يستوجب الفسخ، فإن القاعدة أن يعيد المبيع إلى البائع خالياً من حق الرهن الذي رتبته عليه للغير .

## ب - الإقالة .

الإقالة هي اتفاق العاقدین على الإلغاء العقد و إنهاء أثره ، لذلك استلزمت الإقالة شرطين:

- أن يكون الإنهاء بتطابق إيجاب و قبول المتقايين في مجلس العقد .

- أن لا يتغير المحل بهلاك أو تلف أو تحول، و أن تكون شروطه مجتمعة ( وجودا وتعيينا.. ) وقت الإقالة.

و لعله واضح أن الإقالة تختلف عن الفسخ من جهة أنها برضا العاقدین معا دون أحدهما، لكن الفارق المميز هو من جهة الآثار.

### - أثر الإقالة :

تحكم الإقالة بقاعدة " الإقالة فسخ في حق المتعاقدين و عقد جديد في حق الغير "، بمعنى أن الأثر يتنوع بحسب ما إذا تعلق بالعاقدین أو تعلق بالغير الأجنبي عن العقد، على خلاف الفسخ الذي يمحى كل أثر في حق الجميع .

تعد الإقالة بالنسبة للعاقدین فسخاً ينهي أثر العقد المبرم بينهما فيدفع كل طرف ما استلمه بموجب العقد ويستلم ما سبق أن دفعه ، و معنى ذلك أن الإقالة ترجع العاقدین إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد من غير آثار. لكنها بالمقابل تحفظ حقوق الغير الأجنبي على العقد الذي وقعت فيه . لذلك قال الفقهاء - خاصة الحنفية منهم - إنها عقد جديد في حق الغير الذي لا يد فيما وقع من تبديل، ثم إن ذلك التراضي بين العاقدین في الإقالة قد لا يكون المقصود به غير الإضرار بالأجنبي، لذلك سدا للذريعة لم تسر عليه آثار ما اختاروه؛ بحيث لو اشترى شخص شيئاً ثم رهنه إلى شخص ثالث - احتفاظاً بالمثال نفسه في الفسخ - ثم حصلت الإقالة في ذلك الشيء بين العاقدین فإن المشتري يرجع المبيع لكن مثقلاً بالرهن .

## 2-2: زوال العقد ضرورة أو الانفساخ :

### - شروط الانفساخ:

رائز زوال العقد ضرورة أو ما يسمى ب "الانفساخ" هو استحالة التنفيذ ، و أسباب الاستحالة متعددة لكن يجمعها حكم واحد هو انحلال الالتزامات الناشئة عن العقد من تلقاء نفسها . و هذا الملمح يظهر جلياً من الشروط المطلوبة في الانفساخ، و هي:

- أن يكون العقد ملزماً للعاقدین معا .

- أن يستحيل تنفيذ العقد استحالة حقيقية على أحدهما أو كليهما

- أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للعاقدین فيه .

### - بعض أسباب الانفساخ:

- الانفساخ بالقوة القاهرة: وهي عنوان الاستحالة المطلقة، و المعنى المقصود بالقوة القاهرة أكبر من أن تكون مجرد ظرف طارئ كما سنرى من بعض الأسباب اللاحقة. فقد تكون القوة القاهرة التي تنتج عنها الاستحالة المطلقة راجعة إلى سبب متعلق بالمحل بحيث يجعل ظهور الأثر فيه مستحيلاً - كما لو استحال التسليم مثلاً-، وقد تكون تلك القوة القاهرة بسبب منع الشرع أو القانون نفسه - وغالب ما تقع لسبب في العاقدین - ، كما لو تزوج شاب فتاة ثم علم قبل الدخول أنها

أخوته من الرضاع، فإن العقد هنا يفسخ رضي العاقدان أم كرها. فهذا المنع يعتبر قوة قاهرة لإرادة العاقدين، لذلك تطلق على عموم هذا السبب عبارة الانفساخ بقوة الشرع أو القانون.

- هلاك المعقود عليه : تلف المحل سبب لانتهاء بعض العقود ، خاصة في عقود المستمرة المدة كما لو هلكت العين المؤجرة بعد إبرام العقد وقبل حصول الانتفاع . أما في العقود التي يظهر فيها الأثر فوراً فإن تحقق التقابض يمنع الانفساخ كما في عقد البيع وما في حكمه، اللهم إن كان سبب الهلاك في هذه أيضاً آفة سماوية قبل القبض، بحيث لا يكون بإهمال أو لا بتهاون من أحد العاقدين، حينها يكون البيع أيضاً محل انفساخ عند الحنفية، وعلى تفصيل عند المالكية والحنابلة يميز بين الأموال المثلية والأموال المعينة.

- وفاة العاقدين أو أحدهما: يختلف الحكم بحسب نوع العقد؛ فالأصل أن لا تؤثر وفاة أحد العاقدين أو كليهما في العقود اللازمة كالبيع وغيره، لم يستثن إلا عقد الإجارة الذي اشتهر عن الحنفية مخالفتهم للجمهور فيه بقولهم بانفساخه لزوماً بموت المؤجر أو المستأجر، أما العقود غير اللازمة - كالوكالة والإعارة والوديعة ونحوها - فهي غير متعدية؛ إذ تنفسخ بوفاة أحد العاقدين أو كليهما ؛ لأن استمرار هذه العقود أو إنهاؤها لا يكون إلا بإرادة أحد العاقدين في حياتهما، فكان أولى أن تنفسخ بوفاة العاقد لانقطاع وبطلان إرادته تحقيقاً.